

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS

---

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus LXX.

Fasc. 17.

**SZOMORA ZSOLT**

## **A fajtalanság és a nemi cselekmény**

(Büntetőjog-dogmatikai alapkategóriák jogösszehasonlító elemzése)



SZEGED  
2007

Edit

Comissio Scientiae Studiorum Facultatis Scientiarum Politicarum et Juridicarum  
Universitatis Szegediensis

ATTILA BADÓ, ELEMÉR BALOGH, LÁSZLÓ BLUTMAN, PÁL BOBVOS,  
LÁSZLÓ BODNÁR, ERVIN CSÉKA, JÓZSEF HAJDÚ, MÁRIA HOMOKI-  
NAGY, ÉVA JAKAB, JENŐ KALTENBACH, TAMÁS KATONA, JÁNOS  
MARTONYI, IMRE MOLNÁR, FERENC NAGY, PÉTER PACZOLAY, BÉLA  
POKOL, JÓZSEF RUSZOLY, IMRE SZABÓ,  
LÁSZLÓ TRÓCSÁNYI

Redigit  
KÁROLY TÓTH

Nota  
Acta Jur. et Pol. Szeged

Kiadja

a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának  
tudományos bizottsága

BADÓ ATTILA, BALOGH ELEMÉR, BLUTMAN LÁSZLÓ, BOBVOS PÁL,  
BODNÁR LÁSZLÓ, CSÉKA ERVIN, HAJDÚ JÓZSEF, HOMOKI-NAGY  
MÁRIA, JAKAB ÉVA, KALTENBACH JENŐ, KATONA TAMÁS,  
MARTONYI JÁNOS, MOLNÁR IMRE, NAGY FERENC, PACZOLAY PÉTER,  
POKOL BÉLA, RUSZOLY JÓZSEF, SZABÓ IMRE,  
TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ

Szerkeszti  
TÓTH KÁROLY

Kiadványunk rövidítése  
Acta Jur. et Pol. Szeged

ISSN 0324–6523 Acta Univ.  
ISSN 0563–0606 Acta Jur.

A nemi bűncselekmények törvényi szabályozásában központi szerepet tölt be a nemi cselekmény, azaz a közösülés és a fajtalanság kategóriája, amelyek számos törvényi tényállásban elkövetési magatartásként szerepelnek és az ember szexuális magatartását próbálják meg körülírni a büntetőjogi szabályozásban.<sup>1</sup>

Ugyanakkor a magyar büntetőjog nem ismeri a nemi cselekményt mint egységes, átfogó fogalmat. Eleddig a magyar büntetőjog-tudomány még nem tett kísérletet arra, hogy megpróbálja az ember szexuális magatartását *egységes jelleggel* meghatározni a büntetőjog számára. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy a nemi magatartások hiányoznának a büntetőjogi fogalomtárunkból; a magyar büntetőjog kétféle nemi cselekményt ismer, a *közösülést* és a *fajtalanságot*. A közösülésnek nem létezik törvényi meghatározása, a dogmatika viszont egészen pontosan írja körül – a büntetőjog szempontjából – a közösülés tartalmát (a férfi és női nemi szerv belső érintkezése közösülési szándék mellett). Ezzel szemben a fajtalanságnak adott a törvényi fogalma, ám a Btk. 210/A. § (2) bekezdésében foglalt legáldefinícióról ez a pontos meghatározottság már nemigen mondható el (fajtalanság: a közösülés kivételével minden súlyosan szeméremsértő cselekmény, amely a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál).

Ezen értelmező rendelkezés alá szubszumálható minden (más) nemi cselekmény, ami nem közösülés. A két fogalom között tehát kizáró viszony van, és ez az, ami első látásra feltűnik. Ez a kizáró viszony, és különösen annak törvényi szövegezése (a közösülés kivételével minden...) azonban implicite egy más kapcsolatot is rejt magában; nevezetesen a fajtalanság definíciójának fogalmi elemei ráillenek a közösülésre is, elvileg a közösülés is ezen értelmező rendelkezés alá lenne szubszumálható, és pontosan ennek elkerülése végett kellett a jogalkotónak kizárni a közösülést a fajtalanság fogalmából. *Azt nehéz elvitatni ugyanis, hogy a közösülés – a de lege lata fogalmak szerint – súlyosan szeméremsértő, továbbá hogy a nemi vágy kielégítésére szolgál.*<sup>2</sup>

Témánk szempontjából ezt a viszonyt tekintem meghatározónak, és ennek alapján *a fajtalanság fogalmi elemeit tekintem a nemi cselekmény magyar büntetőjogbeli genus proximumának*. Mindezzel együtt fenntartható a bevezető tételmondat, miszerint a magyar büntetőjog nem ismeri a nemi cselekmény egységes, átfogó

---

<sup>1</sup> Erőszakos közösülés (Btk. 197. §), szemérem elleni erőszak (Btk. 198. §), megrontás különböző alakzatai (Btk. 201–202/A. §), a vérfertőzés (Btk. 203. §) és a kerítés (Btk. 207. §); valamint az üzletszerű kéjelgésre vonatkozó értelmező rendelkezés alapján [(Btk. 210/A. § (1) bek.] közvetett módon az üzletszerű kéjelgés elősegítése (Btk. 205. §) és a kitartottság (Btk. 206. §).

<sup>2</sup> Vannak olyan elszórtan tekinthető értelmezések, amelyek a fajtalanságot a szeméremsértő jellegén túl – a közösüléssel szemben – rendellenesnek, természetellenesnek is tartják, és ezért ellentétesek ezzel a megállapítással. Ezek ismertetésére és kritikájára a későbbiekben kerül sor (lásd 2.1.1. és 4.2.).

fogalmát. A jogirodalomban nem került még sor a fajtalanságnak mint nem-fogalomnak a tematizálására, és a jogalkotó általi törvénybe iktatása mögött sem fedezhető fel ez a szemlélet.

Céлом annak vizsgálata, hogy a fajtalanság megfelelően írja-e körül a büntető-jog számára az ember szexuális magatartását, illetve hogy nyújthat-e alternatívát a fajtalanság helyett a nemi cselekmény mint dogmatikai kategória. Az I. Fejezetben a fajtalanság de lege lata fogalmának leíró jellegű majd kritikai elemzésére kerül sor. A II. fejezetben pedig a német és az osztrák szabályozás alapján kísérletet teszek a nemi cselekmény kategóriájának meghatározására és kifejtésére.

### I. Fejezet

#### *A fajtalanság a magyar büntetőjogban*

##### *1. A fajtalanság (törvényi) definiálásának útja*

A fajtalanság kifejezés – legáldefiníció nélkül – már a Csemegi-kódex tényállásai-ban szerepelt, így mint törvényi kategóriának az értelmezése a 19. század végétől kezdődik. Ha a definiálás egyébként nem bonyolult útját röviden vázolni akarjuk, elegendő *Angyal Pál* monográfiájáig visszamenni. Angyal a fogalmi fejtegetéseit azzal a találó megállapítással kezdi, hogy a „fajtalan cselekmény tartalmi elemének a meghatározása egyike a legnehezebb feladatoknak”. Ezek után negatív oldalról két elemet emel ki: „1. a közösülés kívül esik a fajtalanság körén és 2. [...] figyelemmel a ’-talan’ fosztóképzőre: fajtalan cselekmény: *a nemi tisztességgel szemben álló tevékenység*”.<sup>3</sup> Majd végül ezt a meghatározást adja: „fajtalan cselekmény az a cselekmény, mely a nemi ösztön felkeltésére vagy kielégítésére irányulva, vagy a felgerjedt nemi ösztön kifejezésre juttatását szolgálva, a nemi vonatkozású erkölcsi tisztességet, a nemi életnek a korabeli erkölcs által vont határát durván megsérti”.<sup>4</sup> A meghatározás terjedősebb, mint a mai, ugyanakkor nyilvánvaló, hogy tartalmában teljesen egészében megfelel a mai fajtalanság-fogalomnak, azaz a fogalom-meghatározásban a Csemegi-kódex időszaka óta nem történt lényegi változás.

Az 1961. évi Btk. miniszteri indokolása már a mai szövegezést tartalmazza: „a közösülés kivételével minden olyan szeméremsértő cselekmény [...], amely a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál”.<sup>5</sup> Feltűnő ugyanakkor, hogy az Angyal-féle definícióhoz képest hiányzik szeméremsértés súlyára történő utalás, és ezért teszi meg az akkori kommentár a pontosítást, miszerint ezt a meghatározást ki kell egészíteni a durván sértő jelleggel.<sup>6</sup> Az 1978. évi Btk. indokolása is csak eny-

<sup>3</sup> 1937, 45. p.

<sup>4</sup> Uo. 46. p.

<sup>5</sup> Indokolás–1961, 475. p.

<sup>6</sup> NEMÉNYI 1968, 1379. p.

nyiben módosította a definíciót, kimondva, hogy a fajtalanságnak súlyosan szeméremcsértőnek kell lennie.<sup>7</sup>

A fajtalanság meghatározásának törvénybe való felvételére [lásd a fent írt 210/A. § (2) bekezdését] a Btk.-t módosító 1993. évi XVII. törvénnyel került sor, amely változatlan formában vette át a miniszteri indokolásban adott definíciót. Érdekes vagy inkább sajnálatos, hogy a Btk.-novella indokolása<sup>8</sup> mindössze annyit említ, hogy a törvénybe iktatásra azért volt szükség, mert addig csak a Btk. indokolása tartalmazta a fogalmat. Ezen felül pedig semmilyen tartalmi kérdésbe, fejtegetésbe nem bocsátkozik a fajtalansággal kapcsolatban, így a jogalkotó nem járult érdemben hozzá a fajtalanság fogalmának „megfejtéséhez”. Pedig a törvénybe iktatás a legkézenfekvőbb alkalom lett volna ehhez.

## 2. A fajtalanság fogalmi elemei

A következőkben megpróbálom feltérképezni, hogy mi tudható ma a fajtalanságról, annak tartalmi elemeiről; e – többségében leíró – részben összegyűjtöttem a vonatkozó jogirodalmi megállapításokat.

Elsőként említést kell tenni a tartalmi meghatározást szükségtelennek tartó véleményekről. Ezek lényege szerint a szeméremcsértő jelleget azért nem kell bővebben meghatározni, mert az a köztudatban egyértelmű tartalommal él,<sup>9</sup> illetve ezek a magatartások felleltározhatatlanok, ezért a fogalom bővebb kifejtése teljesen ésszerűtlen és dogmatikus (sic!) lenne.<sup>10</sup> Olyan – egyébként helytálló – megállapítás is létezik, amely szerint a fajtalansági esetek nagy része egyértelmű,<sup>11</sup> ugyanakkor úgy gondolom, hogy ezzel még nem lehet elbogatellizálni a fajtalanság tartalmi meghatározásának feladatát. A leginkább meglepő talán mégis az, hogy van olyan használatban lévő tankönyv, amely azon túl, hogy kétszer leírja a fajtalanság törvényi fogalmát, semmilyen további érdemi magyarázatot nem fűz hozzá (attól az egytől eltekintve, hogy nem kell a közösülést utánoznia).<sup>12</sup>

Azonban – és szerencsére – a jogirodalom döntő része érdemben, a legáldefiníció által szükségessé és lehetővé tett keretek között foglalkozik a fajtalanság fogalmával.

A fajtalanság törvényi fogalma két elemre bontható, ezek közül az objektív jellegű fogalmi elem a cselekmény súlyosan szeméremcsértő jellege, szubjektív jellegű eleme pedig a nemi vágy felkeltésének vagy kielégítésének célja.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Magyar Közlöny 1978/92. szám. 182. p.

<sup>8</sup> Forrás: Complex DVD Jogtár.

<sup>9</sup> NEMÉNYI 1968, 1379. p.

<sup>10</sup> LUKÁCS – TRAYTLER 1963, 204. p.

<sup>11</sup> LÁSZLÓ 1989, 258. p.

<sup>12</sup> FÖLDVÁRI 2005, 208–209. p. Meg kell még azt is említeni, hogy a szerző a közösülés fogalma kapcsán kifejezetten ki is jelenti, hogy „tekintettel azonban arra, hogy a törvény megfogalmazása nem teszi szükségessé a részletes magyarázatot, ezzel a kérdéssel nem kívánok foglalkozni” (uo. 204. p.).

<sup>13</sup> A fogalmi elemek objektív-szubjektív kategorizálása SCHULTHEISZ EMILNÉL jelenik meg (1966, 108. p.). Érdekes, hogy a recens irodalomban egyedül a HOLLÁN – KIS szerzőpáros él ezzel az

## 2.1. Objektív oldal: a súlyosan szemérem sértő jelleg

2.1.1. Az irányadó meghatározások szerint súlyosan szemérem sértő a cselekmény, ha a társadalom tagjainak nemi vonatkozású erkölcsi érzését, érzületét sérti,<sup>14</sup> ha a társadalomban uralkodó erkölcsi elvekkel ellentétes, sérti a nemi kapcsolatok vonatkozásában kialakult normákat, szokásokat.<sup>15</sup> A cselekmény szemérem sértő voltát a társadalomban uralkodó erkölcsi szabályok és szokások alapján kell megítélni, nem pedig az elkövető vagy a passzív alany egyéni felfogása alapján.<sup>16</sup>

A büntetőjog tehát nem törekszik arra, hogy tartalmilag meghatározza a fajtalan magatartások körét, hanem visszautal az erkölcsi normákra, amelyek ebben az esetben priméren a büntetőjog mögött állnak. A nemi erkölcs központi jogi tárgyként való törvényi megjelölése (Btk. XIV. Fejezet II. Cím) és a tételes törvényi szabályok között itt a legszorosabb és legkézelfoghatóbb a kapcsolat.

A vizsgált fogalmi elem magyarázatához egyes szerzők kiegészítésként hozzáteszik, hogy az ilyen cselekmények egy részét a mai közfelfogás normálisnak, más részét rendellenesnek tartja,<sup>17</sup> s ez a megközelítés már enyhülést mutat ahhoz a korábbi felfogáshoz képest, amely ostromzó fogalmazás kíséretében elfajzottnak, természetellenesnek nevezte az ilyen cselekményeket.<sup>18</sup> Ezzel szemben a legújabb irodalom helyesen mutat rá, hogy közömbös, hogy a közfelfogás a fajtalan cselekményt normálisnak vagy rendellenesnek tartja.<sup>19</sup>

2.1.2. Erről az elemről további magyarázat nem található, tartalmát a közfelfogás erkölcsi érzületében kellene megjelölni. Viszont a jogirodalomban már korán megjelent egy olyan *megszorító értelmezés*, amely többletelemként kapcsolta a fajtalanság fogalmához, hogy annak a tettes, illetőleg a passzív alany testét kell érintenie, s ezt a megrontás és a szemérem elleni erőszak törvényi tényállásainak összevetéséből vezette le.<sup>20</sup> Ez az értelmezés a bírói gyakorlatban és a recens jogirodalomban is elfogadásra lelt.<sup>21</sup> *Schultheisz* még annyival pontosította ezt az álláspontját, hogy a tettesnek és a sértettnek nem kell egymással feltétlenül közvetlen kölcsönös testi érintkezésbe kerülniük, hanem a fajtalanság megvalósulhat valamilyen tárgy közvetítésével (pl. annak a női nemi szervbe való bevezetésével) vagy

---

egyébként kézenfekvő csoportosítással. Ő a súlyosan szemérem sértő jelleget objektív és normatív kategóriának tekinti (2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat).

<sup>14</sup> NAGY 2005, 295. p.

<sup>15</sup> FEHÉR 2005, 250. p.

<sup>16</sup> BERKES 2006, 624/6. p.

<sup>17</sup> Uo.

<sup>18</sup> LUKÁCS – TRAYTLER 1963, 203. p.

<sup>19</sup> NAGY 2005, 296. p.; HOLLÁN – KIS 2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat

<sup>20</sup> SCHULTHEISZ 1966, 111–112. p.

<sup>21</sup> Vö. BH 1993. 341. és 1994. 470.; továbbá NAGY 2005, 296. p.; SINKU 2005, 234. p.; BERKES 2006, 624/6. p.

ruhán keresztüli testi érintkezéssel is. Érdekes, hogy erre a nem elhanyagolható kérdésre vonatkozó reakciót sem a bírói gyakorlatban, sem a jelenlegi irodalomban nem találunk.

Ez az értelmezés azért tekinthető a törvényi fogalomhoz képest *megszorítónak*, mert a passzív alany testének érintésével nem járó cselekményeket kirekesztette a fajtalanság köréből (így például az alvó vagy kiskorú sértett előtt önkielégítés végzését, vö. 21. lj.-ben idézett BH-k). Ugyanis az ilyen cselekmények is lehetnek súlyosan szeméremsértők és így elvileg a fajtalanság törvényi fogalmába illenének.

E probléma kapcsán kényszerűen vetődik fel a kérdés, hogy ha az elkövető és a passzív alany között testi érintkezést követelünk meg a fajtalansághoz, akkor az önkielégítés, illetve az állattal való szexuális érintkezés fajtalanságnak minősíthető-e. Azok a szerzők, akik megemlítik ezt a kérdést, kivétel nélkül nemlegesen foglalnak állást, azzal a rövid indokolással, hogy ezek a magatartások büntetőjogi értékelést nem igényelnek.<sup>22</sup>

A *Hollán* – *Kis* szerzőpáros viszont részletes elemzést végez e problémakörrel kapcsolatban.<sup>23</sup>

Érvelésük szerint, „a testi érintkezés hiányában nem a fajtalanság fogalma ki-zárt, hanem az erőszakos nemi bűncselekmény más tényállási elemei. Az alvó sértett (előtt történő önkielégítés – Sz. Zs.) esetén ugyanis szerintünk az elkövető kétségtelenül fajtalanságot végzett, a másik személy pedig védekezésre, illetőleg akaratnyilvánításra képtelen állapotban volt. Azonban megítélésünk szerint nem beszélhetünk arról, hogy az elkövető a sértett ezen állapotát fajtalanságra használta volna fel. Ez utóbbi tényállási elem ugyanis úgy értelmezendő, hogy akaratnyilvánításra képtelen állapotát „vele való” fajtalanságra használta fel. A tényállás ugyan nem használja a fajtalanság vonatkozásában a „vele” kifejezést, de ellenkező esetben olyan cselekményt vonnánk a tényállás alá, amely a sértett nemi vonatkozású cselekvési szabadságát nem sérti. Az ilyen magatartások legfeljebb a szeméremsértés (Btk. 208. §) tényállásába ütközhetnek.

A 14. életévét betöltött sértett esetén pedig (előtte önkielégítés végzésével – Sz. Zs.) a fajtalanság eltűrésére kényszerítés eleme nem áll fenn. A tényállás ugyanis a fajtalanság a sértett testével kapcsolatos véghezvitelének eltűrését tartalmazza, nem pedig azt, hogy a sértett kénytelen végignézni az ilyen cselekmény elkövető általi performálását. Az ilyen magatartások a Btk. 174. §-ába ütközhetnek.

A következő kijelentés is alátámasztja azt a megállapítást, hogy a testi kapcsolat a fajtalanság fogalmának önmagában nem, hanem csak a Btk. 198. § tényállásának (bizonyos változatai) alkalmazásánál tényállási elem. A megrontás vonatkozásában „az elkövetési magatartás törvényi megfogalmazásából következően csak a »személyek« közötti fajtalankodás tényállásszerű. Tehát az embernek állattal véghezvitt fajtalan cselekménye avagy az önkielégítés a megrontás büntetettét nem ala-

<sup>22</sup> FÖLDVÁRI 2005, 208. p. és SINKU 2005, 234. p.; az állattal való fajtalanságot elvetve, de az önkielégítésről állást nem foglalva Indokolás-1961, 476. p. és NAGY 2005, 296. p.

<sup>23</sup> 2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat; az itt említett példákkal a szerzők is a 21. lj.-ben idézett BH-kra utalnak.

pozhatja meg”.<sup>24</sup> Ha ez a megrontás esetén csak a tényállás megfogalmazásából következik, akkor az ellentétből következtetés módszerét alkalmazva (*argumentum a contrario*) a fajtalanság fogalmának a személyek közötti testi érintkezés nem eleme.

Ez a megkülönböztetés nem csak elméleti jelentőségű. Elfogadása esetén *nem kell kizárni a tényállás alkalmazási köréből, ha az elkövető nemi vágya kielégítése végett a passzív alanyt önkielégítésre kényszeríti* (Kiemelés – Sz. Zs.).

Ennek az értelmezésnek a helyességét mutatja az is, hogy az önkielégítésre kényszerítés esetén a bírói gyakorlat a fajtalanság megvalósulását nem a testi kontaktus, hanem a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgáló célzat hiányára tekintettel tagadta (BH 1994. 522.).<sup>25</sup> Sőt abban az esetben sem a fajtalanság hiányára, hanem az erőszakos közöszlással való látszólagos halmazatra tekintettel nem állapították meg a szemérem elleni erőszakot, amikor a vádlott arra akarta kényszeríteni a feleségét, hogy a csődörök nemi szervét vegye a szájába. A vasvilát hátulról a sértett nyakához fogta, aki ennek hatására a csődörök nemi szervét ugyan megfogta, de szájába venni nem volt hajlandó (EBH 2000. 187.).<sup>26</sup>

A fenti értelmezést meggyőzőnek tartom. Így a fajtalanság fogalmába nem tartozik bele feltétlenül az az ismérv, hogy a passzív alany és az elkövető között testi érintkezésnek kell történnie. Így fajtalanság lehet az önkielégítés és az állattal való szexuális jellegű érintkezés is.

E hosszan idézett gondolatmenetet annyival egészíteném ki, hogy *az önkielégítés és az állattal való szexuális kapcsolat – viűn felül – súlyosan szemérem sértő*. Így azok az álláspontok, amelyek e magatartásokat ab ovo kizárják a fajtalanság köréből, nehezen érthetők, főleg részletesebb indokolás hiányában. Valószínűsíthető, hogy e nézetek azon a történeti fejlődésen, annak figyelembe vételén alapulnak, hogy a Csemegi-kódex még büntetni rendelte az embernek állattal való fajtalanságát, s ennek dekriminalizálása az 1961. évi kódexszel történt meg. A '61. évi törvény miniszteri indokolása részletesen kifejti, hogy miért nem büntetik tovább ezt a cselekménytípust.<sup>27</sup> Ebből első látásra kézenfekvőnek tűnne az a következtetés, hogy az állattal való érintkezés többé nem tekinthető fajtalanságnak. Nem szabad

<sup>24</sup> NAGY FERENC (szerk. és társszerző): *A magyar büntetőjog különös része*. Korona. Budapest, 1999; 286. p.

<sup>25</sup> A konkrét ügyben az önkielégítésre kényszerítést megaláztatás, a sértettel való kitolás motiválta – Sz. Zs.

<sup>26</sup> A látszólagos halmazatra azért történik utalás, mert az elkövető a fent írt cselekményét követően további erőszak alkalmazásával közöszlalt a feleségével. Így megvalósította az erőszakos közöszlalt tényállását is, amely mellett a szemérem elleni erőszak a töretlen gyakorlat szerint halmazatban nem állapítható meg – Sz. Zs.

<sup>27</sup> „Az állattal elkövetett fajtalanság (bestialitás) pönalizálását magában véve nem okolhatja az a körülmény, hogy a bestialitás kétségtelenül visszataszító nemi kisiklás. A bestialitás – számos más pervers cselekményhez hasonlóan – nélkülözi a büntetőjogi figyelembevételt igénylő társadalomra veszélyességet. Az is hangsúlyozni kell, hogy a bestialitás tettesei rendszerint olyan személyek, akiknek sajátos körülményeik folytán nincsen lehetőségük arra, hogy nemi vágyukat normális úton elégítsék ki [...]. Mindebből az is következik, hogyha bestialitás miatt szabnak ki büntetést, annak céljai rendszerint amúgy sem valósulhatnak meg”. Indoklás–1961, 475–476. p.



ugyanakkor szem elől téveszteni, hogy *a dekriminalizáció csak a bestialitás bűncselekményére vonatkozott, amikor is az elkövető szabad döntése nyomán fajtalankodott állattal*. A miniszteri indokolás kifejezetten utalt rá, hogy *önmagában az állattal való fajtalanság miatt büntetőjogi felelősségre vonásra nincs szükség*.<sup>28</sup> Ebből még nem következik automatikusan az, hogy a dekriminalizáció 1961-ben kiterjedt volna arra az esetre is, ha az állattal való fajtalanságra valakit kényszerítettek (szemérem elleni erőszak) vagy ha 14. életévét be nem töltött személyt bírnak rá állattal való fajtalanságra (megrontás).

A megrontás keretében az 1961. évi kódex óta ugyan már nem büntetendő az állattal való fajtalanság, de ennek oka a törvényi tényállás szövegezése,<sup>29</sup> és ez megint csak nem vonja maga után azt, hogy e cselekményt egyébként kizárjuk a fajtalanság általános fogalmából. Így *de lege lata továbbra is szemérem elleni erőszakot valósít meg az állattal való fajtalanságra kényszerítés*, amennyiben a további törvényi feltételek is fennállnak.<sup>30</sup> Ezt támasztja alá a fent említett bírósági határozat (EBH 2000. 187.; lásd 26. lj.-hez kapcsolódóan).

Hasonló álláspont fogadható el az önkielégítéssel kapcsolatban. A megrontás ismert szövegezése<sup>31</sup> alapján a passzív alany önkielégítésre rábírása nem tényállás-szerű. Ellenben az önkielégítésre kényszerítés a szemérem elleni erőszak tényállásába beleillik, így *de lege lata szemérem elleni erőszakot valósít meg az önkielégítésre kényszerítés*, amennyiben a további törvényi feltételek is fennállnak. E probléma jelentőségét mutatja az idézett bírói döntés (BH 1994. 552.; lásd 25. lj.-hez kapcsolódóan).

Véleményem szerint a jogirodalomban a testi érintkezésre vonatkozó megfogalmazások (a passzív alany testét közvetlenül érintő tevékenység; a passzív alany testének közvetlen fizikai érintése)<sup>32</sup> minden további nélkül értelmezhetők az előbb kifejtettek szerint annyiban, amennyiben ebbe nem kizárólag a tettes általi megérintést, hanem azt is beleértjük, ha a passzív alany saját magát érinti meg (súlyosan szeméremsértő módon).

A fajtalanság fogalmában a testi érintés megköveteléséről egyebekben nem lehet lemondani, és itt az idézett szerzőpáros álláspontját némileg tovább érdemes gondolni. Az helytálló, hogy a tettes és a sértett közötti érintkezés nem feltétele a fajtalanság megvalósulásának, mert az megvalósulhat úgy is, ha a sértett a saját testét érinti meg. A sértett testének (bárki általi) megérintését azonban azért kell már a fajtalanság fogalmában megkövetelnünk, mert ellenkező esetben a fajtalanság fogalmi köre „jogtörténeti léptékben”, problematikusan kitágulna, és bele kel-

<sup>28</sup> Uo. 476. p.

<sup>29</sup> 1961. évi Btk. 281. § (1) bek.: „arra bír rá, hogy mással [...] természet elleni vagy egyéb fajtalanságot vigyen véghez”; 1978. évi Btk. 202. § (1) bek.: „arra bír rá, hogy mással fajtalankodjék”

<sup>30</sup> Btk. 198. §: „[...] erőszakkal, avagy élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel fajtalanságra vagy annak eltűrésére kényszerít [...]”. A tényállás szövegében nem szerepel a „mással” kitétel.

<sup>31</sup> 14. életévét meg nem haladott személlyel fajtalankodik – 201. § (1) bek.; arra törekszik rábírni, hogy vele fajtalankodjék – 201. § (2) bek.; arra bírja rá, hogy mással fajtalankodjék – 202. § (1) bek.; arra törekszik rábírni, hogy mással fajtalankodjék – 202. § (2) bek.

<sup>32</sup> Pl. BERKES 2006, 624/6. p.; NAGY 2005, 296. p.

lene értenünk pl. a nemi szervek mutogatását is. Szintén *a contrario értelmezéssel* élve azt mondhatjuk, hogy ha a jogalkotó a fajtalanság fogalmába ezt is beleértette volna, akkor nem alkotott volna *külön elkövetési magatartást* a szeméremsértés tényállásának (magát szeméremsértő módon mutogatja – Btk. 208. §). A fajtalanság fogalma első ránézésre ugyanis tökéletesen „elnyeli” a szeméremsértés tényállását: a magát szeméremsértő módon mutogatás megfelel a súlyosan szeméremsértő cselekménynek, a nemi vágy kielégítésének célzata pedig mind a fajtalanságnak fogalmának, mind a szeméremsértés tényállásának eleme. Erre tekintettel a szeméremsértés tényállása így is szólhatott volna: „Aki más előtt fajtalankodik”. Mivel azonban a jogalkotó más szövegezésben fogalmazta meg a 208. §-t, arra következtethetünk, hogy a fajtalanság fogalmába a magamutogatást nem kívánta beleértetni.

Az a különbség pedig ebben az esetben nem látszik lényegesnek, hogy a szeméremsértés tényállásából – a fajtalanság fogalmával ellentétben – hiányzik a „súlyos” jelző. A szeméremsértés a jelenlegi joggyakorlat szerint kétféle konkrét magatartással valósulhat meg, a nemi szerv más előtti feltűnő módon történő láttatásával, illetve más előtt önkielégítés végzésével.<sup>33</sup> Ezek a magatartások pedig minden további nélkül súlyosan szeméremsértőnek tekinthetők.

Az eddigieket áttekintve tehát elmondható, hogy *a fajtalanság fogalmába beleértendő a passzív alany szeméremsértő megérintése, történjen az akár az elkövető akár maga a passzív alany által*. Így a fajtalanság fogalmába *nem* tartozik bele:

1. az elkövető szeméremsértő magamutogatása (208. § szerinti szeméremsértés);
2. a passzív alany szeméremsértő magamutogatása (ha erre kényszerítik, akkor az a 174. § szerinti kényszerítés tényállását valósítja meg); és
3. az elkövető saját testének szeméremsértő megérintése (tipikusan önkielégítés; 208. § szerinti szeméremsértés).

2.1.3. Továbbra is fennáll a kérdés, hogy *mit jelent ténylegesen a súlyos szeméremsértés*. Erre kétféle választ kaphatunk: az egyik esetben *az kerül kiemelésre*, hogy mi az, ami nem súlyosan szeméremsértő (*negatív megközelítés, ez a gyakoribb*); a másik esetben pedig különböző nemi cselekmények konkrét megnevezése történik, általában példalózó jelleggel (*pozitív megközelítés, ez a ritkább*).

A bírói gyakorlat egyik – ma is irányadónak tekintett – megállapítása szerint a nő átkarolása és mellének megfogása *nem súlyosan szeméremsértő*, ezért ilyenkor fajtalanság hiányában becsületsértés állapítható meg (BJD 1248). És ez mondható el a nő megcsókolásáról is (BH 1984. 46.). Ezt a negatív tételt szinte valamennyi eddig idézett irodalmi munka is hangsúlyozza, *Sinku* pedig ebből egy, a jogi tárgyakra vonatkozó következtetést von le, miszerint a szeméremsértő, de nem a sértett nemi szabadságát, hanem a becsületét sértő cselekmény nem tekinthető „sú-

<sup>33</sup> Vö. NAGY 2005, 316. p.

lyosnak”.<sup>34</sup> Kiskorú, illetve gyermek sértettek esetén is hasonló a gyakorlat felfogása: nem szemérem elleni erőszaknak, hanem kiskorú veszélyeztetésének minősítette a bíróság, amikor az apa nemi vágyának a felkeltése érdekében a leányát magához szorította, szájon csókolta, és megfogta mellét (BH 1993. 216.). Egy új döntés értelmében pedig nem tekinthető súlyosan szeméremsértő cselekménynek a tizenkettedik életévét be nem töltött személy – annak beleegyezésével történő – megcsókolása (BH 2007. 108.).

Egyes jogirodalmi munkákban találunk *tételes példákat a súlyosan szeméremsértő cselekményekre*. Az egyik megközelítés jogtörténeti gyökerekre vezethető vissza, de még az 1961. évi Btk. indokolásában is fellelhető, és a fajtalanság típusait aszerint állítja fel, hogy az elkövető kivel fajtalankodik. Eszerint létezik: különböző nemű személlyel, azonos nemű személlyel, embernek önmagával és embernek állattal elkövetett fajtalansága; s ez utóbbi kettőnek nincsen büntetőjogi relevanciája.<sup>35</sup> Ez a csoportosítás két, használatban lévő tankönyvben is megjelenik, azzal a már az előzőekben cáfolt megállapítással, miszerint az utolsó kettőnek nem lenne büntetőjogi jelentősége (vö. 2.1.2.).<sup>36</sup>

Más munkák konkrét cselekménytípusokat neveznek meg mint súlyosan szeméremsértőket: így a sértett vagy az elkövető nemi szervének fogdosását, simogatását, nyalogatását, csókolgatását, illetve a himvessző bevezetését a hüvelyen kívül bármely testnyílásba (a szájba – orális közösülés; a végbélbe – anális közösülés) vagy például tárgy (műpénisz, vibrátor) bevezetését a hüvelybe.<sup>37</sup> Talán *Schultheisz* adja a legkimerítőbb felsorolást a súlyosan szeméremsértő cselekményekről, többször orvosi, latin kifejezéseket használva. Listájából az előbb írtakon túl itt még olyan magatartásokat emelnék ki, amelyek *az azóta változott felfogás értelmében már nem tekinthetők súlyosan szeméremsértőnek*: a comb, hasalj, far, mell simogatása. *Schultheisz* hangsúlyozza, hogy egyes esetekben az összes körülmény mérlegelésével dönthető el, hogy a cselekmény in concreto fajtalan-e; s így akár az lehet még az általában ilyenek nem minősíthető magatartás, pl. az ölelés vagy a csók, de akár a gyermek ölbe vétele és csókolgatása is.<sup>38</sup> Ezeket a magatartásokat – figyelembe véve az előbb írt bírói döntéseket – ma már nem tekintik súlyosan szeméremsértőnek, így nem minősülhetnek fajtalanságként.

Mindezek alapján egy olyan kép látszik kirajzolódni, amely szerint a jelenlegi felfogás az olyan cselekményeket tartja súlyosan szeméremsértőnek, amelyek vagy a passzív alany vagy az elkövető nemi szervét érintik. Az előbb kifejtettekre tekin-

<sup>34</sup> 2005, 234. p.

<sup>35</sup> Indokolás–1961, 475. p.

<sup>36</sup> FÖLDVÁRI 2005, 208. p.; SINKU 2005, 234. p. Véleményem szerint ez a csoportosítás azért sem tekinthető lényeginek, informatívna, mert csak arra a kérdésre válaszol, hogy *kik között történhet a fajtalanság*, s erre is rosszul. A tartalmi kérdést, azaz *hogyan cselekményt takar konkrétan a fajtalanság*, nyitva hagyja.

<sup>37</sup> BERKES 2006, 625. p.; HOLLÁN – KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat, ahol is a szerző a fent írt cselekménytípusokat a közösülés köréből zárja ki, ezáltal közvetve utalva azok fajtalan jellegére.

<sup>38</sup> 1966, 111–113. p.

tettel a *fajtalanság tartalma objektív oldalon* így pontosítható: *a passzív alany nemi szervének érintése akár az elkövető, akár maga a passzív alany által, illetve az elkövető nemi szervének érintése a passzív alany által.*

## 2.2. Szubjektív oldal: a nemi vágy általi motiváltság

2.2.1. A törvényi definíció másik elemét (a cselekmény a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál) az elkövető tudattartalmaként szokták értelmezni. Eszerint a tettest a súlyosan szeméremsértő cselekmény kifejtésekor az a cél vezeti, hogy a saját, a sértett vagy egy harmadik személy nemi vágyát felkeltse, fokozza vagy kielégítse.<sup>39</sup> Miután a törvény nem utal arra, hogy kinek a nemi vágyáról van szó, így közömbös, hogy az kinek a személyéhez kapcsolható. Ezzel adottá válik a definíció olyan értelmezése, amely a szubjektív oldalon is a cselekmények széles körének szubszumálását teszi lehetővé. A nemi vágy motívumát vagy annak célzatát a legtöbb munka hangsúlyozza.<sup>40</sup>

2.2.2. *Szexuális indíttatás hiányában viszont nem beszélhetünk fajtalanságról.* Halász Zoltán találóan nevezi az egyébként szeméremsértő, de nem a nemi vágy által motivált cselekményeket *szemérmetlen cselekménynek*, amely csak azáltal válhat fajtalanná, ha speciális, az ő fogalmazásában „fajtalansági dolus” kapcsolódik hozzá.<sup>41</sup> Így *a bár súlyosan szeméremsértő, de például a bosszúból, kitolásból, vagy megfélemlítés, megszégyenítés végett elkövetett cselekmények nem minősülhetnek fajtalanságként,*<sup>42</sup> és így nemi bűncselekményt (tipikusan szemérem elleni erőszakot) sem valósíthatnak meg. A Lukács – Traytler szerzőpáros példái<sup>43</sup> a következők szerint minősíthetők: az elkövető

1. fogadásból lehúzza a szabadban fürdőző nő trikóját – ami ma már a súlyos szeméremsértés hiányában sem minősülne fajtalanságnak;
2. bosszúból erős paprikával bekente a nő nemi szervét – ez a körülményektől függően lehet tetteges becsületsértés vagy kényszerítés;
3. megszégyenítésből kivette a férfi sértett nemi szervét és leköpte – ez szintén becsületsértést valósít meg;
4. megtorlásul a férfi heréit szorongatta, hogy fájdalmat okozzon – a körülményektől, így többek között a szorítás intenzitásától függően lehet becsületsértés vagy testi sértés (eredménytől függően annak kísérlete vagy befejezett alakzata).

<sup>39</sup> SCHULTHEISZ 1966, 108. p.

<sup>40</sup> Pl. BERKES 2006, 625. p.; NAGY 2005, 295. p.; SINKU 2005, 234. p.; FEHÉR 2005, 250. p.

<sup>41</sup> 1909, 288. p.

<sup>42</sup> NAGY 2005, 295. p.; BERKES 2006, 625. p.

<sup>43</sup> 1963, 204. p.

A célzat hiányának jelentősége a bírói gyakorlatban is megjelenik. A BH 1994. 522. sz. eseti döntés történeti tényállása szerint a sorkatonák társukat régebb óta folyamatosan, durván bántalmazták, többször kényszerítették megalázó feladatok elvégzésére. Ezek egyike közé tartozott, hogy az egyik vádlott a sértettnek átadott egy szexújságot, és őt arra utasította, hogy előttük önkielégítést végezzen. A sértett ez ellen tiltakozott, és a kapott utasítást nem akarta végrehajtani. A többi vádlott veréssel fenyegette a sértettet, ha az utasítást nem hajtja végre. A sértett a fenyegetés hatására elkezdte az önkielégítést, de mivel a hímvessző merevedése nem következett be, arra kérte a vádlottakat, hogy rövid időre egyedül lehessen egy zárkában. A hímvessző megmerevedése után a sértett kijött a zárkából, és az önkielégítést tovább folytatta a vádlottak előtt, amelynek hatására a sértettnél bekövetkezett a magömlés. Ezután arra utasították a sértettet, hogy gázálarcban száz guggolást hajtson végre. A bíróság kimondta, hogy „a sorkatonának a rövidebb szolgálati idővel rendelkező (újonc) katona sérelmére elkövetett erőszakos cselekménye akkor minősül nemi erkölcs elleni bűncselekménynek (szemérem elleni erőszak, természet elleni erőszakos fajtalanság), ha az elkövető a nemi vágyának a felkeltése vagy kielégítése érdekében valószínűleg meg a cselekményt; a sértett megalázása végett vagy „kitolásból”, illetőleg bosszúból szeméremsértő magatartásra kényszerítése a szolgálati visszaélés megállapítására lehet alkalmas.”

Ezt a megállapítást két megjegyzéssel szükséges kiegészíteni. A korábban írtak fényében pontatlanul fogalmaz a bíróság annyiban, amennyiben az „elkövető nemi vágyának felkeltéséről vagy kielégítéséről” beszél. Ennek hiánya ugyanis nem elegendő a fajtalanság kizárásához, vizsgálni kell a szexuális indítást a sértett és harmadik személyek oldalán is. A fajtalanság megállapításához elegendő, ha az elkövető nem a saját, hanem az említett személyek nemi vágyának felkeltése érdekében cselekszik. A jogeset érdekessége, hogy a sértett esetén még a magömlés is bekövetkezett, de ennek ellenére sem mondhatjuk azt, hogy az elkövetők a sértett nemi vágyának kielégítését célozták volna, hiszen tettüket megalázás, megfélemlítés motiválta, nem pedig a sértett nemi vágyának felkeltése.

Szükséges még a minősítési fejtegetéseket annyiban kiegészíteni, hogy amennyiben nem katonák, hanem civil személyek körében történik a fenti eset (előfordulhat például kollégiumban vagy fogvatartottak körében), akkor szemérem elleni erőszak helyett kényszerítés bűncselekménye valósulhat meg.

2.2.3. A bírói gyakorlat ugyanakkor arra is szolgáltat példát, amikor a megalázás, megfélemlítés célja mellett jelen van a szexuális motiváltság is. Ekkor a fajtalanság és így nemi bűncselekmény megállapítására sor kerülhet.<sup>44</sup> Az EBH 2004. 1105. sz. alatt közzétett jogeset fogvatartottak között „játszódik”, és annyiban hasonlít az előző történeti tényállásra, hogy a cellatársak a sértettet ez esetben is gyakran bántalmazták, fenyegették, megalázták és a saját maguk kiszolgálására kényszerítették. Ebbe a cselekménysorba illeszkedett az, amikor is a cellatárs vád-

<sup>44</sup> A német irodalom ezt a jelenséget hívja „Motivbündelung”-nak, azaz a motívumok összekapcsolódásának (vö. II.2.2.B.).

lottak egymás után arra kényszerítették a sértettet, hogy a nemi szervüket elővegye a nadrágjukból, és kézzel kielégítse őket. Lényegét tekintve megegyezik a történeti tényállása a BH 2007. 75. sz. alatt olvasható döntésnek is. Eszerint a zárkatársak a korábbi többszöri bántalmazásokat, kényszerítéseket, fenyegetéseket követően arra kényszerítették a sértettet, hogy valamennyiük hímvesszőjét egészen a magömlésig simogassa, húzogassa.

E példákban egyértelműen felismerhető a megalázás, megfélemlítés célzata, különösen bizonyítják ezt a nemi cselekményt megelőző korábbi cselekménysorok. A konkrét nemi cselekményeket illetően azonban e mellett megjelenik az elkövetők saját nemi vágya sértett általi kielégítésének célzata, s ez alapozza meg a fajtalanság és így a szemérem elleni erőszak megállapítását.

2.2.4. Figyelemreméltó a *Hollán – Kis* szerzőpárosnak a szubjektív elemmel, annak hiányával kapcsolatos fejtegetése. Álláspontjuk szerint, amennyiben „*a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál*” elemet nem az elkövető célzataként értelmezzük, hanem *a cselekmény objektív alkalmasságaként*, akkor célzat hiányában sem kizárt a fajtalanság és a Btk. 198. § szerinti szemérem elleni erőszak megállapítása. Az ismertetett BH 1994. 522. szerinti esetben ugyanis a cselekmény alkalmas volt a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére (hiszen a sértett önkielégítése folytán bekövetkezett a magömlés), ha nem is abból a célból valósították (valósították) meg.<sup>45</sup>

A de lege lata adott keretek között – véleményem szerint – ez az értelmezés tekinthető a leginkább jogtárgyharmonikusnak, hiszen a szexuális önrendelkezés nyilvánvaló sérelme esetén lehetővé teszi a nemi bűncselekmény megállapítását. A törvényi szövegezésben pedig nem található a célzatos elkövetés jelzésére más törvényhelyeken használt „céljából”, „végett” kifejezések, de még csak a „nemi vágy kielégítése indítja” vagy „motiválja” megjelölések sem. Így az *a contrario* és *jogtárgyharmonikus* értelmezés a „szolgál” ige objektív alkalmasságot jelölőként való felfogását indokolhatja.

Figyelemmel kell lenni arra, hogy ez az értelmezés *a jelenleg irányadóhoz képest* a felelősség körét kiterjeszti, a másik oldalon ugyanakkor adekvátabb jogtárgyvédelmet biztosít. Ez a kiterjesztő értelmezés azonban nem tekinthető valódi kiterjesztésnek, mert a definíció nyelvtani értelmével véleményem szerinti is összeegyeztethető.

### 2.3. A fajtalanság tartalma de lege lata

Ha a törvényi fogalom objektív és szubjektív összetevőinek elemzése során levont következtetéseket összegezzük, akkor e szerint a fajtalanság tartalma de lege lata – az uralkodó álláspontokra és a gyakorlatra figyelemmel – így határozható meg: *az elkövető és a passzív alany közötti testi érintkezés úgy, hogy az legalább egyikük*

<sup>45</sup> 2005. 198. §-hoz fűzött magyarázat.

*nemi szervének érintésével jár, illetve a passzív alany nemi szervének saját maga általi érintése, mindkét esetben oly módon, hogy az a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál.*

### 3. A bírói gyakorlat értékelése

A szemérem elleni erőszak és a megrontás tényállása kapcsán rendelkezésre áll a kellő számú közzétett bírósági döntés ahhoz, hogy bizonyos általános jellemzők kimutathatók legyenek a fajtalanság fogalmát érintő bírói gyakorlatról.

#### 3.1. „Elméleti megalapozatlanság”

3.1.1. Részben egyet kell érteni a '61-es Btk. kommentárjában olvasható megállapítással, miszerint a témákra vonatkozó (legfelsőbb) bírósági határozatok nem tartalmaznak elvi indokolást és megelégszenek az ítélkezési gyakorlatra való hivatkozással.<sup>46</sup> Ezt a kiinduló tételt – az időmúlásra tekintettel – annyival szükséges kiegészíteni, hogy a 1990-es évek második felétől némi javulás, fejlődés mutatkozik a fajtalanságot érintő ítéletek elméleti megalapozásában, ami talán az alább leírtakból is láthatóvá válik majd.

A bírói gyakorlat különösen „szenvet attól”, hogy *a súlyosan szeméremsértő fogalmi elemnek nem adható tartalmas dogmatikai jellemzés*, azon túlmenően, hogy az a társadalom erkölcsi érzületét durván sérti. Ha a bírói döntések indokolását nézzük, akkor – talán e tényből fakadóan – az látható, hogy némi rövid jogi indokolást sokszor csak abban az esetben tartalmaznak, ha egy cselekményt nem találnak súlyosan szeméremsértőnek. Ellenkező esetben, tehát ha egy cselekmény súlyosan szeméremsértő, a döntésekben *nem történik valódi szubszumció*, a bíróság sokszor úgy minősíti fajtalanságnak az adott cselekményt, hogy a két fogalmi elemének fennállását egyébként érdemben nem vizsgálja és az ítéletben ki sem mondja. A *szubszumció* pozitív esetben tehát *automatikus*, és csak a felelősség kizárása esetén történik utalás a fajtalanság valamelyik fogalmi elemének hiányára.<sup>47</sup> Elmondható tehát, hogy a bírói gyakorlat *a fajtalanság fogalmi elemeit negatív irányból közelíti meg*, az indokolásokban a fogalmi elemek büntethetőséget megalapozó funkciója általában nem, hanem csak azok hiányának felelősséget kizáró funkciója tükröződik (vö. még 2.1.3. alatt írt negatív-pozitív csoportosítással).

Néhány példa az automatikus szubszumcióra:

- EBH 2004. 1105.: a szemérem elleni erőszak miatt három bírói fórumot is megjárt ügyben egyetlenként a megyei bíróság említi meg a fajtalanságot, sommás megállapítása szerint: „kétségtelen, hogy a négy terhelt a sértettet

<sup>46</sup> NEMÉNYI 1968, 1341. p.

<sup>47</sup> Vö. a már korábban is idézett döntésekkel: BJD 1248, BH 1984. 46., BH 1993. 216., 2007. 108. – ahol is a cselekmény nem volt súlyosan szeméremsértő; illetve BH 1993. 341. – ahol is a közvetlen testi kontaktus hiányában nem állapították meg a fajtalanságot; továbbá BH 1994. 522. – ahol is a cselekménynek hiányzott a szexuális motiváltsága.

fajtalanságra hívta fel, akinek a terhelteket a tényállásban részletezett módon ki kellett elégítenie”. Ez a határozat egy további ok miatt is jó példát szolgáltat a valódi, érdemi szubszumálás hiányára. Az EBH történeti tényállását korábban (lásd 2.2.3) már megismertük, a jogi probléma lényege az volt, hogy a megfélemlítési, megalázási célzat mellett, azzal együtt jelentkezett a nemi vágy kielégítésének célzata. Illetve ez lehetett volna a jogkérdés lényege, ha a bíróság egyáltalán tematizálta volna. De nem tette, annak ellenére sem, hogy e kérdés vizsgálatát a 10 évvel korábbi BH 1994. 522. sz. határozat felelősséget kizáró döntése – a történeti tényállás hasonlósága miatt is – tálcán kínálta volna.

- A már említett EBH 2000. 187. sz. határozat, ahol a lóval való fajtalanságra kényszerítés kapcsán a bíróság az erőszakos közösüléssel való látszólagos halmazat kérdéseit vizsgálta, de egy érdemi megállapítást sem tett azzal kapcsolatban, hogy a ló nemi szervének szájhoz vétele fajtalanság lenne. Erre következtetést csak a valóságos halmazat kizárásból közvetve tudunk levonni.
- A BH 1988. 342. sz. eseti döntésben a közösülés megvalósulását – behatolási szándék hiányában – zárta ki és indokolta részletesen a bíróság, s ennek következtében a cselekményt automatikusan fajtalanságnak minősítette, de oly módon, hogy a fajtalanság fogalmi elemeiről egyetlen szót sem ejtett. Meg kell ugyanakkor jegyezni, hogy ez a szemlélet közvetett módon alátámasztja a bevezetésben írt azon megállapításomat, miszerint a közösülésre is elvileg ráillenek a fajtalanság fogalmi elemei.
- Némileg beszédesebb a BH 1983. 433. sz. határozat, amely szerint a sértett levetköztetésével, testének fogdosásával és csókolgatásával a terheltek nemi vágyukat akarták kielégíteni, de arról már nem esik szó, hogy ezek a cselekmények vajon súlyosan szeméremsértők-e.

3.1.2. Az automatikus szubszumció tehát felveti a címben írt „elméleti megalapozatlanság” problémáját. Ettől azonban sokkal nagyobb gond az, hogy számos olyan közétett döntés is van, amely sajnos a *ténybeli megalapozatlanság gyanúját* ébreszti az olvasóban. A döntések közétett szövege ugyanis *nem tartalmaz történeti tényállást a fajtalanság tekintetében, nem tudjuk, hogy mit csinált az elkövető*, amit végül fajtalanságnak minősítettek. Állításom alátámasztására igyekszem teljes körű „leltárt” adni e döntésekről. Idézem a határozatok fajtalanságra vonatkozó megállapításait, azzal, hogy többet (semmit) e döntések a fajtalanságot megalapozó tényekről nem mondanak:

- BJD 1258: a férfiak egymás közötti fajtalanságának nem kell a közösülést utánoznia;
- ugyanebben a témában szintén semmit sem mond a következő, 1259. sorszámu döntés;
- BJD 3085: a sértett nadrágját lehúzta, vele fajtalankodott;



- BJD 3086: a 12 év alatti sértett akaratnyilvánításra képtelen állapotát fajtalanságra használta fel; s a döntés ezek után még gondolkodás és aggály nélkül kimondja, hogy a cselekmény szemérem elleni erőszakként történő minősítése törvényes;
- BJD 9034: a sértettet felhívta a vele való fajtalanság elkövetésére;
- BJD 9035: majd ezt követően fajtalanság véghezvitelére kényszerítette;
- BH 1981. 222: az I. r. terhelt felhívta a sértettet a II. r. terhelttel való fajtalanság elkövetésére;
- BH 1984. 47: a vádlott fajtalankodott a fiúkkal;
- BH 1992. 514: a vádlott azzal a céllal kezdte követni a 9 éves sértettet, hogy vele fajtalankodjék.

*Ha nem élünk a ténybeli megalapozatlanság erős vádjával, akkor a közzétett határozatok mögötti szerkesztői munkát kell kifogásolnunk.* Ha abból indulunk ugyanis ki, hogy ezek a döntések eredetileg tartalmazták a fajtalanságot megvalósító tényeket, akkor kérdés, hogy e tények vajon miért maradtak ki a publikált változatból. Úgy gondolom, hogy a tények kihagyását a szerkesztés során terjedelmi okok nem tehetik szükségessé, hiszen a fajtalanságot megvalósító életbeli történések egy-két mondatban összefoglalhatók.<sup>48</sup> Semmilyen ésszerű ok nem szólhat a történeti tényállás elhagyása mellett. Különösen nem a *fajtalanság esetén, ahol a törvényi fogalom nehezen, illetőleg tetszőleges értelmezhetősége miatt az egységes joggyakorlat kialakítása és fejlesztése érdekében különösen nagy szükség van a döntések hiánytalan közzétételére.* Nyomatékosan igaz volt ez 1993 előtt, amikor még a törvény maga sem tartalmazta a fajtalanság definícióját, és mint látható, az itt citált döntések az 1993 előtti évekből származnak.

Zárásként meg kell még jegyezni, hogy *az 1990-es évek második felétől ilyen döntéssel már nem találkozunk.* Még ha a szubszumció nem egyszer automatikus is, a tények pontosan leírva szerepelnek a BH-k szövegében. Ez a pozitív változás a megfogalmazott gyanúkat illetően inkább arra enged következtetni, hogy nem a bíróságok ítéletírási gyakorlata változott meg rövid idő alatt, hanem sokkal inkább a közzétett döntések szerkesztése lett szakszerűbb. Az 1990-es éveket megelőzően közzétett döntésekre vonatkozó kritikai megjegyzéseimet mégis az indokolhatja, hogy a régi, akár a Büntetőjogi Döntvénytárban (BJD) közzétett döntésekre a mai napig szokás hivatkozni a bűncselekménytan és a különös rész számos területén. Ennyiben e döntések ma is az „élő jog” részei lehetnek, és kielégítő ítéleti tényállás hiányában problematikusnak érzem a rájuk történő esetleges hivatkozást.

<sup>48</sup> Nem lehet ezzel összefüggésben nem szólni arról, hogy egyes a BH-füzetben közzétett döntésekre, bármilyen témát érintsenek is, jellemző például az előéleti adatok kimerítő és unalmas ismertetése. Bűncselekménytan vagy különös részi kérdést tárgyaló BH-ban nincs indoka az elítélt előéletének feltárszerű ecsetelgetésére, annál inkább a történeti tényállás pontos és hiánytalan közlésére, nem is beszélve az érdemi jogi indokolásról.

3.1.3. A bírói gyakorlatban a nem kívánatos kazuisztikára is találunk példákat. Hangsúlyozni kell, hogy *a fajtalanság vizsgálata a fogalom ismert jellemzői miatt nem lehet mentes a kazuisztikától*, a súlyosan szeméremsértő cselekménytípusok felsorolásától, azonban a „kazuisztika szükséges mértékét” nem kellene túllépni. Ugyanazon rész kérdés kapcsán találunk erre példákat:

- A már többször említett BH 1984. 46. sz. döntés értelmében nem minősül fajtalanságnak a nő megcsókolása. A kérdés kézenfekvő: a férfi megcsókolása ezek szerint vajon súlyosan szeméremsértő-e?
- Egy egészen friss döntés szerint (BH 2007. 108.) nem tekinthető súlyosan szeméremsértő cselekménynek a tizenkettedik életévét be nem töltött személy – annak beleegyezésével történő – megcsókolása. Újabb kérdés: tizenkét év feletti gyermek esetén vagy felnőtt sértett esetén szeméremsértő-e? Vagy lehet-e különbség a csók és a csókolózás büntetőjogi megítélése között, mert hogy az adott esetben a vádlott valójában több esetben csókolózott a sértettel. A BH-füzetben közzétett döntés „feketével szedett részében” írt megcsókolás nem ugyanazt jelenti, mint a történeti tényállásban írt csókolózás, és a külső szemlélő számára adott esetben szeméremsértő jellegük is eltérő lehet. A BH „kiemelt részének” megfogalmazása sajnos a lényeglátás hiányáról tanúskodik.

Lehet, hogy e kérdések megmosolyogtatók, de a fenti döntések sajnos azt mutatják, hogy a bíróság és/vagy a BH-füzetek szerkesztői nem törekednek megfelelő szintű absztrakcióra, és például a csókot, mint adott esetben *nemi cselekményt nem választják el a konkrét sértett személyétől*. Azaz önmagában a csókot nem vizsgálják a fajtalanság fogalma szempontjából, csak a konkrét sértett „hozzágondolásával” teszik ezt. Ha netán felnőtt és gyermek sértett esetében eltérő álláspontra jutott volna a bíróság a csók súlyosan szeméremsértő jellegével kapcsolatban, akkor ez a kazuisztika indokolt lehetne. Az azonos végeredményre tekintettel azonban az indokolatlan precizításra törekvő megfogalmazás pont a *bírói döntés elvi élet veszi el*.

### 3.2. A felelősségi kör szűkítése

A szubszumciós problémák ellenére is kirajzolódik a bírósági határozatokból egy üdvözlendő tendencia, amely a felelősségi kör – indokoltnak tekinthető – szűkítésével jár. Ha végignézzük az *Angyal* által a fajtalan magatartások kapcsán ismertetett kúriai döntéseket,<sup>49</sup> találunk köztük olyanokat, amelyek a súlyos szeméremsértést még nagyon tágra értelmezték. Így a Kúria fajtalanságnak minősítette az alábbi cselekményeket: ráfekvés a nőre, annak átkarolásával; a nő ruhájának felhajtása és arra ráfekvés; alvó leány szeméremtestéről a szőr lenyírása; közösülési szándék esetén a férfitag lemeztelenítése; a serdületlen kislány szoknyájának megfogása és

<sup>49</sup> 1937, 46–47. p.

neki a vádlott kivett hímveszőjének mutogatása; a templomban szorosan a sértett mögött állva annak testéhez való szemérmetlen dörgölözés, lökdösődés.

Ezeknek a példáknak a többsége a súlyos szeméremsértés újabb megítélése szerint nem igen vonható a fajtalanság törvényi fogalma alá; a szörzetnek a szeméremtestről való lenyírása esetén pedig minden valószínűség szerint a nemi motívum hiányozhat. Az más kérdés, hogy egy részük megvalósíthatja adott esetben a szemérem elleni erőszak kísérletét, a befejezettséghez szükséges fajtalanságot azonban nem.

Korábban többször láthattuk, hogy a csók és a másik személy átkarolása vagy mellének megfogása ma már nem tekinthető súlyosan szeméremsértőnek (BJD 1248; BH 1984. 46; BH 1993. 216; 2007. 108.), e cselekmények kizárhatók a fajtalanság fogalmából. Ennek a gyakorlatnak a kialakulása korántsem volt „zökkenőmentes”. A kiindulási alapot jelentő BJD 1248. sz. döntés után még született később olyan határozat, amely fajtalanságnak (befejezett szemérem elleni erőszaknak) minősítette, amikor a vádlott a sértett ruhája alá nyúlva le akarta húzni annak bugyiját. Az indokolás szerint e cselekmény azért lenne fajtalanság, mert a vádlott a sértett testének közvetlen közelébe kívánt férközni (BJD 4190). Hasonló tartalmú a Fővárosi Bíróság 1963-ból származó döntése, amely a vérfertőzés körében fajtalanságnak értékelte, hogy a vádlott a lányának szoknyája alá nyúlt, combját fogdos-ta, majd mellét is megfogta.<sup>50</sup> Ezek a döntések mára már egyértelműen meghaladtá váltak, mint ahogy *Schultheisz* azon megállapítása is, hogy a „fajtalanság fogalmát már azon szeméremsértő cselekvőség is kimerítheti, amely eszköz-, illetőleg előkészítő cselekménye annak a magatartásának”, amivel a tettes a szexuális célját szándékozik megvalósítani.<sup>51</sup>

Látható tehát, hogy a bírói gyakorlat a fajtalanság fogalma által lehetővé tett keretek között figyelemmel volt a szexualitásról alkotott társadalmi felfogás megváltozására, és arra, hogy a fajtalanságot nem pusztán a szeméremsértő, hanem a súlyosan szeméremsértő cselekmény valósíthatja meg. A megváltozott felfogásra való rezonálást jól tükrözi a BH 2007. 108. sz. eseti döntés indokolása (gyermek megcsókolása a cselekmény). A bűnösítő határozattal szemben felülvizsgálati indítványt benyújtó főügyésztség okfejtése szerint a fajtalanság ismerveinek szempontjából vizsgálni kell, hogy a sértett és a terhelt csókolózása súlyosan szeméremsértőnek tekinthető-e (valódi szubszumció!). A „csókolózás az általánosan elfogadott társadalmi normák szerint nem tekinthető olyan szeméremsértő cselekménynek, ami büntetőjogi következménnyel járhat, azaz bűncselekménynek minősülne, még akkor sem, ha erkölcsileg elítélhető a gyermekkorú személyekkel történő ilyen kapcsolat létesítése.”<sup>52</sup> A felmentő határozatot hozó Legfelsőbb Bíróság végül pe-

<sup>50</sup> Ismerteti NEMÉNYI 1968, 1395. p.

<sup>51</sup> 1966, 109. p.

<sup>52</sup> Azonban még ez az indokolás is félreérthető. Tekintettel arra, hogy a cselekményt végül is erkölcsileg elítélendőnek találta, valójában ki kellett volna mondani, hogy e cselekmény esetleg lehet szeméremsértő, de semmi esetre sem súlyosan. A fajtalanság fogalma ugyanis automatikusan maga után vonja az erkölcsileg elítélendő cselekmények büntetendőségét, ezért volna fontos a „súlyos” jelző felelősséget szűkítő funkciójának szem előtt tartása és hangsúlyozása.

dig még hivatkozott a Btk. miniszteri indoklására, amely szerint a közfelfogás toleránsabbá vált egyes, a szexualitást érintő magatartásformákkal szemben.<sup>53</sup>

A téma lezárásaként megemlítendő még, hogy a felelősségi kör szűkítése már csak azért is indokolt, mert a fajtalanságot mint elkövetési magatartást tartalmazó bűncselekmények büntetési tétele súlyos, és így az arányosság követelményével is ellentétes lenne az itt említett magatartások tényállásszerűnek minősítése. A definícióban található „súlyos” jelzővel a jogalkotó teljesítette az arányossági követelményt, amelynek most már a gyakorlat is megfelel.

#### 4. A fajtalanság fogalmának kritikája

4.1. A fogalom elemzése során látható volt, hogy a fajtalanság tartalma a jelenlegi definíció alapján nehezen határozható meg, nehezen adható a fajtalanságról olyan tartalmas jellemzés, amely többet mond a társadalom erkölcsi érzetére való utalásnál, mert hogy a legáldefiníció megelégszik ezzel.

A fajtalanság fogalma erre tekintettel *nem kellően meghatározott*, nem biztos, hogy kielégíti azokat a határozottsági követelményeket, amelyek a büntetőjogban általában elvártak lennének. Különösen így van ez a szeméremérzetre, a nemi erkölcsre való közvetlen törvényi utalás miatt. Az Alkotmánybíróság a homoszexuális magatartások büntetőjogi megítélése kapcsán hozott 37/2002. (IX. 4.) AB határozatában ezzel szemben úgy látta, hogy „az értelmező rendelkezés világosan és érthetően elhatárolja a külön törvényhely alapján büntetendő elkövetési magatartásokat”, illetve, hogy „a törvény a fajtalanság, fajtalankodás szavak használatával – a kifejezést értelmezéssel kiegészítve – [...] a közöszléstől eltérő minden magatartások pontos és egyértelmű leírását adja”.<sup>54</sup> Nehéz elképzelni, hogy az AB mire alapítja ezt a megállapítását, hisz a szeméremérzethet nem nagyon létezik kevésbé pontosan meghatározható fogalom büntetőjogunk terminológiájában.<sup>55</sup> Úgy vélem, hogy a fajtalanság fogalma kapcsán itt végzett elemzés és fejtegetések éppen a fajtalanság fogalmának határozatlanságát és pontatlanságát támasztják alá. Az más kérdés lehet, hogy ez a határozatlanság eléri-e azt a szintet, amikor is a nullum crimen sine lege certa követelményével való összeférhetetlenség miatt mint alkot-

<sup>53</sup> Az LB azon megjegyzése már kevésbé elegáns, hogy „nem szorul bővebb indoklásra, hogy a sértettnek adott csók – az adott körülményekre figyelemmel – nem tekinthető szemérem sértő cselekménynek”. Ezzel együtt is el kell ismerni, hogy a fajtalansággal kapcsolatban közzétett eseti döntésekre nem jellemző, részletes jogi okfejtéseket ad ez a BH-ban közzétett döntés.

<sup>54</sup> IV/1.1.1. A határozatot részletesen ismerteti HOLLÁN – KIS 2005, 198; 199; 200; 201–202. §-okhoz fűzött magyarázat.

<sup>55</sup> Ennek ékes példáját adta az Ausztriában lefolytatott ún. Reigen-Prozess, ahol a tanúk vallomásai alapján próbáltak statisztikai átlagot húzni az átlagember szeméremérzetének meghatározására (lásd SZOMORA 2006, 31. p.). Megemlíthető továbbá az 1978. évi Btk. előkészítési munkálatait közzétevő kötet (a sorozatból a nyolcadik), amelyben a bírói gyakorlat „értelmezési kilengéseit” példázgatva több egyértelmű utalás történik arra, hogy a szeméremérzet megsértése nem kellően pontos kategória, lényegesen eltérő jogértelmezésre ad lehetőséget, és „mindez felveti azt az igényt, hogy a szeméremet sértő cselekmény fogalmát a jog a jelenleginél egyértelműbben írja elő” (Kiemelés – Sz. Zs.). (LÁSZLÓ 1989, 255–257. p.)

mányellenes rendelkezést kellene megsemmisíteni. Minden bizonnyal árnyaltabb lett volna az AB részéről e szempont relativitására való utalás, semmint a fajtalanság-fogalom pontosságának és egyértelműségének hangsúlyozása.<sup>56</sup>

Ha történeti szemmel közelítünk a kérdéshez, akkor a nemi erkölcs korábbi jogtárgyi és normaértelmezésben betöltött aggályos szerepe miatt úgy gondolom, hogy a fajtalanság kategóriáját a *nemi erkölccsel való közvetlen kapcsolata* problematikussá és meghaladottá teszi a ma büntetőjoga számára.<sup>57</sup>

4.2. Nem lehet eltekinteni attól, hogy a fajtalanság terminus jogtörténeti tartalmat „cipel magával”, és hiába igyekszünk ezen elkövetési magatartásnak korszerű értelmezéssel korszerű tartalmat adni, e jogtörténeti jelentéstartalomtól nem tisztíthatjuk meg teljesen. A fajtalanság a múltban ugyanis önmagában büntetendő cselekmény volt, átfogta a házasságon kívüli nemi cselekményeket, de akár a házasságon belül is azokat, amelyek nem az utódnemzést szolgálták.<sup>58</sup> Jelenleg tehát úgy használjuk tovább a fajtalanság fogalmát, hogy – az ifjúságvédelem és a vérfertőzés körén kívül – a konszenzusos szexuális magatartások akár különböző, akár azonos neműek között már nem büntetendők.

Az külön érdekes, hogy az újabb irodalomban is fel-fellelhető a fajtalan magatartások tiltott, rendellenes voltára való utalás (lásd még 2.1.1.), s bár más szerzők<sup>59</sup> – helyesen – állítják, hogy a fajtalanság nem abnormalitás vagy rendellenesség kérdése, ez a szemlélet még mindig fel-felbukkan a mai napig. Néhány példa:

A konszenzusos magatartások nagy része, sőt már az egyszerű homoszexualitás sem voltak büntetendők, amikor 1963-ból ezt olvashatjuk: „A jogtól elvonatkoztatott ún. nemi szakirodalomban található olyan álláspont, hogy külön neműek között mindenfajta kéjkielégítés természetes, vagyis a nemi különbség kizárja a fajtalanságot. Ezt a szemléletet jogi értékelésben teljesen el kellett vetni.”<sup>60</sup> Az 1961. évi Btk. – bár a fajtalanság kifejezést használja – tényállásaiban nem az itt hangsúlyozott jogi értékelést tükrözi.

„A fajtalanság alatt általában társadalmilag meg nem engedett szexuális tevékenységet értünk, amely azonban az adott szituációban nem természetellenes.”<sup>61</sup> Nyilvánvaló az önellentmondás: meg nem engedett, de nem természetellenes. Akkor milyen?

„A nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére alkalmas cselekmények egy részét a mai közfelfogás 'normális'-nak, más részét 'rendellenes'-nek, de a partner belegegyezése esetén általában megengedettnek vagy eltűrhetőnek tartja”.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Meg kell jegyezni, hogy a német Alkotmánybíróság is összeegyeztethetőnek találta az Alaptörénnyel az „Unzucht” fogalmát (ismerteti BECK 1988, 21. p.).

<sup>57</sup> E problematikához részletesen lásd SZOMORA 2006.

<sup>58</sup> Lásd uo.

<sup>59</sup> Lásd 19. lj.

<sup>60</sup> LUKÁCS – TRAYTLER 1963, 203. p.

<sup>61</sup> LÁSZLÓ 1989. 261. p.

<sup>62</sup> BERKES 2006, 624/6. p.

Sajnálatos, hogy e kérdéssel kapcsolatban az AB is félreérthető kijelentést tesz, amikor a közösüléstől való elhatárolás kapcsán „tiltott szexuális viselkedések körét” emlegeti.<sup>63</sup>

Az utolsó két idézet közvetlenül átvezet egy másik problémakörhöz, nevezetesen, hogy *a fajtalanság állítólagos ab ovo tilalmazottsága összemosódik az egyéb tényállási elemek folytán való tilalmazottá válásával*. A *Fehér – Virág* szerzőpáros mutat rá, hogy *nem maga a fajtalanság tilalmazott*, hanem annak erőszakos megvalósítása (szemérem elleni erőszak).<sup>64</sup> Ez még annyival egészíthető ki, hogy szintén tilalmazott a fajtalanság, ha 14 éven aluli személlyel követik el (megrontás), vagy ha meghatározott vérrokonnal követik el (vérfertőzés). Tehát a fajtalanság önmagában nem hordoz tilalmazottságot, és ezt nem kellene a mai napig „belehallanunk”. A fajtalanság, mint elkövetési magatartás *feladata az volna, hogy az ember szexuális cselekményeit semleges módon körülírja*, hiszen büntetendővé a neutrális szexuális magatartások attól válnak, ha a partner ezekbe nem egyezik bele, és ezért sérül a szexuális önrendelkezése, vagy nem egyezhet bele, mert az a szexuális fejlődését veszélyeztetné. Ezeket a körülményeket pedig *a vonatkozó törvényi tényállások egyéb elemei* fektetik le, és nem foglalhatók bele a fajtalanság fogalmába.

Az e kérdésben tapasztalható tényállástani „összemosódásokat”, fogalmi „áthallásokat” jól mutatja a cselekmény szemérem sértő jellege kapcsán már említett azon fejtegetés, hogy e cselekmények a partner beleegyezésének hiányában, továbbá bizonyos partnerek és bizonyos körülmények között válnak szemérem sértővé.<sup>65</sup> Illetve, hogy „ha a partner az ilyen, egyébként rendellenesnek tartott magatartás viselkedésformát elutasítja, [...] ezáltal az említett magatartás, cselekmény szemérem sértővé válik”.<sup>66</sup> Tehát, már a fajtalanság fogalmába belehelyeződik a konszenzus hiánya, holott az a szemérem elleni erőszak tényállásának az erőszakkal, kvalifikált fenyegetéssel kényszerítés elkövetési módjában foglalt önálló eleme.

A bírói gyakorlatot nézve, explicit példája ennek az összemosódásnak a kazuisztika kapcsán már megismert EBH 2007. 108. sz. határozat, amely kiemeli, hogy a 12. éven aluli gyermek megcsókolása *annak beleegyezése esetén* nem valósít meg fajtalanságot. A kérdés akkor az, hogy ha nem egyezik bele és vele szemben erőszakot kell alkalmazni, akkor csók esetén is mindjárt fajtalanságról és egyúttal a szemérem elleni erőszak minősített esetéről [198. § (2) bek. a) pont] beszélünk? És ezzel az „áthallással” el is jutottunk a kétszeres értékelés tilalmáig, amely itt nyilván látszólagos, vagyis éppen a visszájára fordul, hiszen a fajtalanság fogalmába magyaráznak bele olyan elemet (bele nem egyezés), amely annak egyáltalán nem eleme. A beleegyezés hiánya pedig a legáldefiníción és a törvényi tényálláson keresztül rögtön kétszeresen (sőt akár háromszorosan) minősít?

Mind az idézett fejtegetések, mind a bírói határozat jól *tükrözik a törvényi fogalom hibáját*. A szemérem sértő kifejezés a magyar nyelvben nem értelmezhető

<sup>63</sup> 37/2002. (IX. 4.) AB hat. IV/1.1.1.

<sup>64</sup> 2006, 50. p.

<sup>65</sup> BERKES 2006, 624/6. p.

<sup>66</sup> HOLLÁN – KIS 2005, 210/A. § (2) bekezdéséhez fűzött magyarázat.

úgy, hogy a partner beleegyezése esetén is fennállna. Ha a szexuális partnerek között egyetértés van, akkor semmilyen szexuális cselekményük sem tekinthető szemérem sértőnek, hiszen az senki szeméremérzését nem sérti. Jól mutatja ezt a szemérem sértés tényállásának szövegezése (208. §), ahol is a nemi célzatú magamutogatás csak akkor válik büntetendővé, ha az szemérem sértő módon történik (külön tényállási elemmé emelt *elkövetési mód!*), azaz a szemléltető passzív alany abba nem egyezett bele. A Btk. egyazon Címén belül, de az egész törvényen belül sem lehet ugyanakkor a törvényi terminusnak gyökeresen más jelentéstartalmat adni, és a szemérem sértő jelleget úgy magyarázni, hogy a szemérem sértés bűncselekménye esetén a passzív alany beleegyezésének hiányát jelentené, míg a fajtalanság törvényi fogalmában ilyen tartalmat nem kellene neki adnunk. Ebből is látható, hogy a jogalkotó hibát követett el, amikor a fajtalanság fogalmát annak szemérem sértő jellegére kívánta alapozni. A legáldefiníció [210/A. § (2) bek.], a szemérem sértés (208. §) és a szemérem elleni erőszak (198. §) tényállásai között ily módon fel nem oldható ellentmondások keletkeztek.

Összegezve az eddigieket, a fajtalanság fogalmában található szemérem sértő jelleg kifogásolható jellemzőit: nem kellően meghatározott; közvetlenül az erkölcsi háttérre alapul; az érintett nemi bűncselekmények tényállási elemei között koherenciazavarhoz, átfedésekhez vezet.

4.3. A büntetőjog történetében a nemi bűncselekmények büntetendőségének és súlyos büntetésének alapja a nemi ösztön tiltott, rendellenes kieléje volt (vö. *delicta carnis* – „a hús bűntettei”). A fajtalanság, mint régi terminus technicus nem csak elnevezésében, hanem tartalmában is mind a mai napig ezt tükrözi. Ennek a felfogásnak az lesz a következménye, hogy az objektíve szemérem sértő cselekmény nem minősülhet fajtalanságnak, ha nem ismerhető fel mögötte a szexuális indíttatás. Erről a *fajtalanság szubjektív oldala* kapcsán már részletesebben is volt szó (lásd 2.2.2.).

Ez a felfogás ahhoz vezethet, hogy a sértett szexuális önrendelkezését sértő magatartás nem minősülhet nemi bűncselekménynek, hanem a körülményektől függően – adott esetben jóval – enyhébb megítélésű bűncselekmény lehet, így becsületsértés, kényszerítés vagy személyi szabadság megsértése. Tehát a fajtalanság fogalmának uralkodó értelmezése nem biztosít adekvát jogtárgyvédelmet.<sup>67</sup> E probléma egy lehetséges korrekcióját adja a *Hollán – Kis* szerzőpáros (lásd 2.2.4.) a nemi célzat helyett a cselekmény jellegének a szexuális vágy felkeltésére, kielégítésére való objektív alkalmasságaként történő értelmezéssel. Ez a jelenleg uralkodó nézethez képest kiterjesztő értelmezés ugyan, de összeegyeztethető a törvény szövegével.

E felfogásnak ellentmondanak *Vizi János* megállapításai, aki szerint „az egyik személy nemi vágyát kifejezetten felkelti 'objektíve' ugyanaz a cselekménysor, míg a másikat egyáltalán nem. Sőt az sem ritka, hogy ugyanaz a személy egy sze-

<sup>67</sup> Vö. NAGY – SZOMORA 2004, II. 18. p.

xuális magatartást valakivel kifejezetten izgatónak tart, míg ugyanazt mással éppen ellenkezőleg, akár undort keltőnek. Vagyis az, hogy ki, kivel, mikor és mitől került szexuális izgalomba, [...] személytől, szituációtól, aktuális állapottól és egyebektől függő. Objektív kritériumok aligha adhatók”.<sup>68</sup>

Vízi gondolatai leginkább arra mutatnak rá, hogy a nemi vágy felkeltésének kérdése a büntetőjog számára nehezen, aligha megragadható, s ez egy újabb aspektusból mutatja a fajtalanság kategóriájának problematikusságát.

4.4. A büntetőjogi tartalmat illető problémákon túl maga a *fajtalanság mint kifejezés is elavult*. Etimológiai szempontból arra a vallás-erkölcsi felfogásra vezethető vissza, miszerint minden nemi cselekmény, amely nem a gyermeknemzést, a fajfenntartást szolgálja, az emberi fajtól idegen, tehát fajtalan. A szexualitás azóta gyökeresen megváltozott társadalmi megítélése és jelentősége fényében megkérdőjeleződik a terminológia létjogosultsága, hiszen konszenzuális szexuális kapcsolatban teljesen elfogadott magatartásformákat bélyegez meg.

A hatályos Btk. előkészítése során is utaltak arra, hogy a *köznapi szóhasználat* is rendellenes, természetellenes szexuális tevékenységet ért alatta, és hogy ezzel ellentétben pl. a szemérem elleni erőszak megvalósításához nem szükséges aberrált nemi cselekményt kifejteni.<sup>69</sup> Ehhez annyi fűzhető még, hogy a szexuális cselekménytípusok megjelölésére a fajtalanság kifejezést ma már egyáltalán nem használják, az gyakorlatilag teljesen kikopott a köznyelvből.<sup>70</sup>

A fajtalanság, mint terminológia azonban nem csak a köznyelvtől idegen, hanem az emberi szexualitással foglalkozó tudományoktól is, azoktól gyökeresen eltérő tartalommal bír. Ezek az eltérések dogmatikailag kezelhetők ugyan, de a lényegesen eltérő megközelítés tudományos igazolhatósága hiányzik.<sup>71</sup> Erre tekintettel is a fogalom inadekvát voltát jelzi, hogy nem azt fejezi ki, amit valójában, az életbeli jelenséget megragadva jelent(ene), hanem a kifejezés hangsúlya az értéket közvetítésére esik.<sup>72</sup>

Az AB a fajtalansággal mint kifejezéssel kapcsolatban kifejtette, hogy az –mint a köznyelvtől eltérő jogi terminus technicus – megengedett és nem sérti az emberi méltóságot (hasonló példaként hozta fel szintén a nemi bűncselekmények köréből a kéjelgés és a kerítés; illetve az állam elleni bűncselekmények köréből a hűtlenség

<sup>68</sup> 2006, 57. p.

<sup>69</sup> LÁSZLÓ 1989, 263. p.

<sup>70</sup> Némileg rendhagyóan, idekiváncozik egy személyes tapasztalatom. Egy nyelvész ismerősömnem említettem a fajtalanság kifejezést, mire ő azonnal visszakérdezett, hogy ez még létező kifejezés lenne, és hogy a fajtalanság még mindig büntetendő volna. Látható tehát, hogy a fajtalanság nem csak a törvényi fogalma szerint, hanem a köznyelvben is összemosódik a büntetendőséggel, meg lehet kockáztatni azt a kijelentést, hogy köznyelvi szempontból egyenesen félrevezető. A nyelvész reakciója összhangban van a Magyar Értelmező Kéziszótár által adott definícióval: „bujaság, kicsapongó érzékiség, illetve fajtalan cselekedet: természetellenes nemi érintkezés” (Akadémiai Kiadó, Budapest 1978.).

<sup>71</sup> VÍZI 2006, 53. p.

<sup>72</sup> Vö. FEHÉR – VIRÁG 2006, 50. p.



kifejezéseket). „A törvényi szóhasználat sérthet alkotmányos jogot, ha a kifejezések pontatlanok, nem elég szabatosan határolják el a nyelvi formula segítségével az eltérő magatartásokat, avagy téves azonosításra vagy prejudikálásra adnak lehetőséget. A törvény a fajtalanság, fajtalankodás szavak használatával – a kifejezést értelmezéssel kiegészítve – a tiltott szexuális viselkedések körén belül a közösüléstől eltérő minden magatartások pontos és egyértelmű leírását adja”.<sup>73</sup> Az AB ez utóbbi megállapítását – reményeim szerint – sikerült cáfolni (lásd 4.1. és 4.2.).

4.5. Álljon itt most csak rövid utalásként egy további kritikai észrevétel, amelynek a közösülés és a fajtalanság egymástól való éles megkülönböztetése a kiindulópontja, abból a szempontból, hogy *a közösülés kizárólag heteroszexuális kötődésű fogalom, míg a fajtalanság mind hetero-, mind homoszexuális magatartásokat átfog.* Ez ahhoz vezethet, hogy a tényállások szövegezése (így a megrontás és a vérfertőzés esetében), az elkövetési magatartások és a tettesi, passzív alanyi kör meghatározása következtében bizonyos sértetti kört diszkrimináció ér, sőt egyenesen jogtárgyvédelmi deficit keletkezhet.<sup>74</sup>

4.6. Ez utóbbi problémával is szoros összefüggésben végül azt szükséges hangsúlyozni, hogy *bár a fajtalanság fogalmi elemei a nemi cselekmény magyar büntetőjogi genus proximumát adhatnák meg, ilyen szerepet mégsem képesek betölteni.* A fajtalanság – a közösülés fogalmával való viszony is ideértve – nem alkalmas arra, hogy az ember szexuális magatartását értéktételestől mentesen, az életbeli jelenség jellemzőit figyelembe véve, egységes jelleggel megragadja (csak az előző pont alapján: pl. a magatartás nemi orientációhoz kötődése nélkül).

## II. Fejezet

### *A nemi cselekmény mint dogmatikai kategória feltárása*

Az első fejezetben láthatóvá vált, hogy a fajtalanság fogalma nem tölti be megfelelően a szerepét, értelmezése problémákat vet fel. Minden bizonnyal megérett tehát a „leváltásra”. A fajtalanság törvényi kategóriájának kiiktatása és helyettesítése 30 évvel ezelőtt, a jelenleg hatályos ’78. évi Btk. kodifikálásakor is felmerült. Akkor a szemérmert sértő tevékenység, szexuális tevékenység, illetve a nemi cselekmény kifejezések merültek fel, mint alternatívák.<sup>75</sup> A kodifikációs bizottság végül egyik változatot sem támogatta, és a fajtalanság mint adekvátnak tekintett jogi terminus fenntartását hasonló indokokra alapozta, mint amelyeket 2002-ben az AB is kifeje-

<sup>73</sup> 37/2002. (IX. 4.) AB hat. IV/1.1.1.

<sup>74</sup> Vö. KOVÁCS 2003, 327. p.; SZAJBÉLY 2004, 287. p.; NAGY – SZOMORA 2004, II. 23. p.

<sup>75</sup> LÁSZLÓ 1989, 255. és 261. p.

tett (lásd 4.1. és 4.4.), illetve álláspontja szerint a javasolt változatok sem látszottak megfelelőbbnek a fajtalanságnál.<sup>76</sup>

Ezzel gyakorlatilag elveszett a lehetősége annak, hogy az elmúlt évtizedekben a jogtudomány és a bírói gyakorlat egy a fajtalanságot felváltó bármilyen új kifejezés mentén korszerű tartalommal alakítsa ki a nemi cselekmény büntetőjogi kategóriáját. Ehelyett a „fajtalanság fogalmába zárva” kellett megpróbálni új utakat keresni (csak címszavakban utalva az előző fejezetben tárgyaltakra: testi érintkezés; felelősségi kör szűkítése; nemi vágyra alapozás problémája). Ezt tartom az egyik fő oknak abban, hogy *a nemi bűncselekmények hazai interpretációjában a teleologikus (jogtárgyharmonikus) értelmezés nem tudott teret hódítani*, gyakorlatilag fel sem bukkan. A fajtalanság fogalma ugyanis lehetetlenné teszi az egyes bűncselekmények jogi tárgyainak figyelembe vételét akkor, amikor ehelyett a súlyos szemérem sértést kell megpróbálnunk definiálni és konkrét esetben megállapítani.<sup>77</sup>

Ebben a fejezetben kísérletet teszek egy alternatíva felvázolására. Ehhez bőséges alapanyagot szolgáltat a német és az osztrák büntetőjogi irodalom, hiszen ezekben az országokban a fajtalanság kategóriáját felváltották a szexuális cselekménnyel (sexuelle Handlung – Németország 1973), illetve a nemi cselekménnyel (geschlechtliche Handlung – Ausztria 1989/2004). A két kifejezés közül már itt a nemi cselekményt választanám (eddig is ezt használtam). Bár a szexuális jelző teljesen meghonosodott a szaknyelv mellett a magyar köznyelvben is – mutatja ezt a fonetikus írásmódja is –, a Btk. terminológiája szemlátomást igyekszik kerülni az idegen eredetű kifejezéseket. A nemi bűncselekmények teljesen elfogadott és széles körben használt kifejezés, ezzel összhangban állhat a nemi cselekmény kifejezés használata. A két kifejezés között egyébként érdemi, tartalmi különbség nincsen.

### 1. A nemi cselekmény definiálásának kérdése

1.1. A fajtalanság kategóriájáról a nemi cselekményre való áttéréssel természetesen nem tűnnek el azok a nehézségek, amelyek az ember szexuális magatartása a büntetőjog számára dogmatikailag is elfogadható tartalmi meghatározásának igényéből fakadnak. Mint már volt róla szó, a nemi cselekmény feladata „pusztán” ez volna, nemektől, nemi irányultságtól és szexuális praktikától függetlenül egységes nem-fogalmat adni a büntetőjog számára, amely majd a tényállásokban mint elkövetési magatartás szerepelhet, illetőleg esetleges differenciálása esetén, a különböző magatartások közös alapját képezheti. A változással döntően tartalmi kérdésről van tehát szó, és nem önmagában a kifejezések cseréjéről. A kérdés, hogy a terminológia megváltozását, mint alkalmat meg tudjuk-e ragadni arra, hogy e cselekmé-

<sup>76</sup> Uo. 263. p. Érdekes észrevenni, hogy az utóbbi megállapításba implicite az is beleérthető, hogy magát a fajtalanság fogalmát sem találta jobbnak a bizottság.

<sup>77</sup> Eklatáns példája ennek a már ismert BH 2007. 108. sz. döntés, amelyben nem eshet szó arról, hogy a csók(olózás) mennyiben veszélyeztetheti vagy sem az ifjúság nemi fejlődését, hanem azt kénytelen bizonygatni az ügyész és a bíróság, hogy a csók nem súlyosan szemérem sértő.

nyi kör eddigieknél világosabb és pragmatikusabb elhatárolását érjük el.<sup>78</sup> Ez adhatja az igazi értelmét a kifejezések cseréjének.

A németországi törvényi változások időszakából egészen szkeptikus hangokkal is találkozni a feladat értelmét és teljesíthetőségét illetően. Eszerint csak látszólag tűnik úgy, hogy a nemi cselekmény pontosabb lenne, mint a fajtalanság kifejezés. Sőt azt lehet mondani, hogy nem kevésbé homályos és tisztázatlan, mint elődje. Sőt, ha szó szerinti értelmét nézzük, akkor a szexuális (nemi) cselekmény sokkal tágabb, mint a fajtalan cselekmény. Hiszen minden fajtalan cselekmény nemi cselekmény, de nem minden nemi cselekmény fajtalanság. Első ránézésre tehát e fogalmak felváltása a büntetendőség körének jelentős kiterjesztését vonja maga után. A kérdés az, hogy megfelelő értelmezéssel lehet-e a hatókörét indokolt keretek közé szorítani.<sup>79</sup>

E kérdés jól tükrözi a teljesítendő feladatot. Ugyanakkor a túl tág tartalomtól való félelem abból a hagyományos szemléletből is fakadhat, amely szerint például a közösülés (Magyarország), a házastársak közösülése (Németország) vagy akár a házastársak bármilyen nemi cselekménye (Ausztria) nem lehet fajtalanság (lásd előző bek.: nem minden nemi cselekmény fajtalanság).<sup>80</sup> Ha a fogalmat ebből a perspektívából, a közösülés és fajtalanság egymást kizáró viszonyából közelítjük meg, akkor ténykérdés a nemi cselekménynek a fajtalansághoz képest tágabb mivolta. Ugyanakkor ha – célkitűzésünk szerint – a nemi cselekményben valamennyi szexuális magatartás *genus proximumát* keressük, akkor a tágabb jelleg kézenfekvő és problémamentes.

Nem a kizáró viszonyt, hanem az átfogó funkciót tartotta szem előtt az *osztrák jogalkotó* is, amikor e kérdésben azt hangsúlyozta, hogy a fajtalanság felváltása semmi esetre se járjon a büntetendőség körének kiterjesztésével, azaz a nemi cselekménybe legfeljebb a most is büntetendő magatartások foglaltassanak bele, de több nem.<sup>81</sup> A *német jogalkotó* pedig egy kifejezett törvényi rendelkezés beiktatásával kívánta elkerülni (ún. *Erheblichkeitsklausel*, lásd 1.2. és részletesen 2.2.3.), hogy ami korábban nem volt fajtalanság, az ne legyen büntetendő nemi cselekmény.<sup>82</sup>

1.2. Tehát az *osztrák és a német Btk. között lényeges különbség*, hogy míg az *öStGB* semmilyen rendelkezést sem tartalmaz a nemi cselekménnyel kapcsolatban, addig a *dStGB* 184f. §-ában bizonyos szempontból rendelkezik a szexuális cselekményről:

*dStGB 184f. § Értelmező rendelkezések*  
*E törvény értelmében*

<sup>78</sup> Vö. FEGERL 1995, 165. p.

<sup>79</sup> BOCKELMANN 1972, 405. és 408. p.

<sup>80</sup> A fajtalanság német és osztrák értelmezéséhez lásd SZOMORA 2006, 31–34. p.

<sup>81</sup> Az osztrák parlament jogi bizottságának e véleményét ismerteti FEGERL 1995, 158. p.

<sup>82</sup> Vö. BECK 1988, 150. p.

1. szexuális cselekményeknek csak azok minősülnek, amelyek a mindenkor védett jogi tárgyra nézve bizonyos jelentőséggel (von einiger Erheblichkeit) bírnak,

2. más előtti szexuális cselekmények csak azok lehetnek, amelyeket olyan személy előtt fejtenek ki, aki e tevékenységet észleli.

A rendelkezést figyelembe véve is, a német büntetőjog-tudományra és bírói gyakorlatra hárul a feladat, hogy tartalmi meghatározást adjon a nemi cselekménynek. E szempontból tehát nincs lényeges különbség a német és az osztrák büntetőjogban. A német jogirodalomban éppen e felemás helyzet indokolhatja az olykor heves kirohanásokat az idézett rendelkezés „definíciótlanságával” kapcsolatban.

A látszattal ellentétben ugyanis a dStGB sehol sem rögzíti a nemi cselekmény fogalmát, a 184f. § 1. pontja nem tekinthető legáldefiníciónak. E törvényi szabály sokkal inkább egy jogon kívüli (szexuáletikus) definíciót feltételez, s funkciója mindössze annyi, hogy a másképpen meghatározott szexuális cselekmények köréből egyeseket kimetsszen és azokat tényállásszerű magatartásokká emelje.<sup>83</sup>

Kevésbé udvarias megfogalmazás szerint az érintett törvényi rendelkezés csökkent értékű, hiszen a tulajdonképpeni tárgyának kérdését hagyja nyitva. És még csak nem is tekinthető értéksemleges meghatározásnak, hiszen a mindenkor védett jogi tárgyra nézve szükséges „bizonyos jelentőséggel” ugyanúgy normatív karaktere lett a szexuális cselekménynek, mint a fajtalanságnak volt, csak e normatív karakter itt kevésbé evidens. A problematika tehát ugyanaz maradt, csak annyi-  
val nehezedett még, hogy egyáltalán nem tisztázott, hogy a szexuális cselekménynek milyen elemekkel kell rendelkeznie.<sup>84</sup> A szexuális cselekmény tehát ugyanolyan határozatlan jogfogalom, mint a fajtalanság.<sup>85</sup>

A német helyzet is jól mutatja a bevezetőben már írtakat, hogy a nemi cselekmény kategóriájára való áttérés nem egyszerű címkézési, hanem komoly tartalmi kérdés. Arra ad lehetőséget és alkalmat, hogy a fajtalanság fogalmában egy évszázad alatt rögzült hibákat kiküszöbölhessük. Egy felemásra sikerült törvényi rendelkezés ezt ugyanakkor megnehezítheti, és mint látni fogjuk, a német jogirodalom nem képes megfelelően elrugaszkodni a dStGB 184f. §-ának kereteitől. Annyit a részletesebb vizsgálódás elébe lehet bocsátani, hogy a legáldefinícióval „nem küszködő” osztrák irodalmat a nemi cselekménnyel kapcsolatban sokkal konkrétabb, egységesebb és határozottabb megfogalmazás jellemzi, és kevesebb a vitás kérdés is.

1.3. A jogirodalomban olvasható definíciók a magatartás kívülről tapasztalható szexuális vonatkozását emelik ki és igyekeznek azt körülírni, hol absztraktabb, hol konkrétabb formában. Az itt bemutatott meghatározások az absztrakt felől haladnak a konkrétabb felé.

<sup>83</sup> HORN – WOLTERS-SK § 184f, 1. p.

<sup>84</sup> S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1628. p.

<sup>85</sup> TEUFERT 1980, 213. p.

A. A német irodalomra jellemző a *(túl) absztrakt megközelítés*. Eszerint a nemi cselekmény azt feltételezi, hogy az objektív szemlélet szerint – minden kísérő körülmény figyelembe vétele mellett – a megítélendő magatartás és a tág értelemben vett szexuális szükséglet-kielégítés között kapcsolat álljon fent. Így nemi cselekmény csak az olyan magatartás lehet, amelynek a külső megjelenése szexuális vonatkozást mutat.<sup>86</sup>

Az uralkodó felfogás szerint az objektíve szexuális vonatkozás nem határozható meg közelebbről, általános jelleggel, hiszen nagyon különböző magatartások lehetnek ilyen jellegűek, és ezek besorolása kontextusfüggő. Mivel a szexuális karakter nem írható körül kevés számú ismérvvvel, így nem marad más praktikus megoldás, mint az objektív megítéléssel kapcsolatban a közfelfogásra utalni. Eszerint léteznek egyértelműen szexuális vonatkozású cselekmények, ambivalens (két-, többértelmű) cselekmények és objektíve semleges cselekmények (ehhez részletesen lásd 2.2.).<sup>87</sup> A közfelfogásra utalással pedig megint elmosódnak a fogalom kontúrai, és ugyanoda érkezünk meg, mint a fajtalanság esetén, azaz a szexualitásra vonatkozó, állandó változásnak kitett társadalmi megítélés kérdéséhez. Ebből az a paradox helyzet alakul ki, hogy bár a nemi cselekmény meghatározása absztrakt, éppen ez a túl absztrakt jelleg az akadály a egy általános érvényű tartalmas meghatározásnak, aminek következményeként csak egyes konkrét cselekményekről mondható majd az, hogy szexuális jellegűek-e avagy sem.<sup>88</sup>

B. Ettől konkrétabb igénnyel lépnek fel más, a törvényi meghatározással foglalkozni nem kényszerülő osztrák meghatározási kísérletek, hangsúlyozva, hogy ebben az összefüggésben a *szexuális vonatkozás precízebb meghatározása szükséges*. Ezzel egyúttal a szexuális integritást, mint átfogó jogi tárgyat is konkretizálni lehet, hiszen azt csak a nemi cselekmény érintheti, sértheti.<sup>89</sup> A nemi cselekmény mint a jogi tárgyat támadó magatartás pontos meghatározásával közvetve körülhatárolhatóvá válik maga a nemi cselekménnyel szemben védett jogi tárgy is.

Ezt szem előtt tartva fogalmaz az a definíció, amely szerint nemi cselekmény esetén a közvetlenül a nemi szférához tartozó, tehát a sértett és az elkövető a férfi és a női nemre jellemző specifikus testrészeinek a másik testével való nem felületes (nem futó) érintkezéséről van szó. Ezt még a közvetlenül a nemi szférához tartozó testrészeknek a tárggyal való megérintésével kell kiegészíteni.<sup>90</sup>

*Fegerl* ezt a definíciót konkretizálja és egy sokelemű, határozott keretekkel rendelkező meghatározást ad: objektíve szexuális vonatkozású a testi kontaktus, ha a nemi szervek, a női mell vagy a végbél megérintésével jár. Az ebben az értelemben vett nemi cselekmény lehet az elkövető cselekménye a sértetten, a sértett cse-

<sup>86</sup> LAUBENTHAL 2000, 19. p., szinte teljesen egyező definíciót ad GÖSSEL 2005, 15. p.

<sup>87</sup> HÖRNLE-MK 1396. p.

<sup>88</sup> Vö. BECK 1988, 25. p. A helyzet hasonlít a fajtalanság – Magyarországon is tapasztalt – problémájához, hogy a túl elvont fogalom valójában kazuisztikát eredményezett.

<sup>89</sup> KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 116. p.

<sup>90</sup> SCHICK-WK 35. p.

elkménye az elkövetőn, elkövetőnek nem tekinthető harmadik személyen, állaton vagy saját testén.<sup>91</sup>

Egy ilyen konkrét definíció megalkotásához természetesen számos részkérdés alapos megvizsgálása szükséges. A következőkben erre kerül sor.

## 2. A nemi cselekmény objektív meghatározhatóságának kérdései

A németországi törvényi változások időszakában (1974) még három különböző álláspont létezett a nemi cselekmény objektivitásával, illetve annak jelentőségével kapcsolatban. Ezek szerint 1. az objektív elem elengedhetetlen; 2. az objektív elem mellett szükség van a tettes szexuális motivációjára; 3. vagy az egyik vagy a másik elem elegendő a nemi cselekmény megállapításához.<sup>92</sup>

Ezzel szemben a jogirodalom ma már egységes abban, hogy a nemi cselekményt objektíve kell meghatározni, azaz csak az lehet nemi cselekmény, amely *külső megjelenése szerint szexuális vonatkozású*.<sup>93</sup> A hangsúly tehát már nem a tettes belső szexuális motivációján van, hanem a szexuális jelleg külső szemléltető felismerhetőségén. Ennek a megközelítésnek a tartalmi kifejtése azonban komoly kihívás elé állítja a büntetőjogászokat. Először tekintsük át a nemi vágy általi motiváltság szerepvesztését, e kérdésben általában egyetértés mutatkozik, majd térjük át az objektív meghatározás problémáira.

### 2.1. A nemi vágy szerepének kizárása

2.1.1. Az kézenfekvő, hogy az *objektíve semleges cselekmények*, azaz amelyek *külső megjelenésük szerint nem rendelkeznek közvetlen szexuális vonatkozással*, nem vonhatók a nemi cselekmény kategóriája alá. Mivel az objektíve szexuális jelleg a nemi cselekmény konstitutív ismérve, ezért hiánya esetén sem lehet az adott esetben szubjektíve szexuális motiváltságú cselekményeket a nemi cselekmények közé sorolni.<sup>94</sup>

Ilyen lehet például a levetkőzés, a meztelen fürdőzés és napozás vagy a szűkségelek nyilvános helyen történő elvégzése, de ilyennek tekinthető például a gyermek (akár kemény) bántalmazása is, ha kívülről nevelési jellegűnek tűnik.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> FEGEERL 1995, 162. és 167. p. Meg kell jegyezni, hogy az eredeti német szövegben a sértettnek az elkövetőn és az elkövetőnek nem tekinthető harmadik személyen végzett cselekménye helyett a „sértettnek (adott esetben jóhiszemű) harmadik személyen” végzett cselekménye szerepel. Ezt a megfogalmazást a magyar gondolkodásmódtól idegennek találtam, ezért tartalmát természetesen nem érintve a fentiek szerint átfogalmaztam, és nem alkalmaztam idézőjelet a definíció leírásakor.

<sup>92</sup> SCHROEDER 1975, 21. p. E teóriákat részletesebben ismerteti BECK 1988, 35–39. p.

<sup>93</sup> Így pl. S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1629. p., HORN – WOLTERS-SK § 184f, 1. p., LAUBENTHAL 2000, 19. p., SICK 1993, 261. p.

<sup>94</sup> LAUBENTHAL 2000, 20. p., STRATENWERTH – JENNY 2003, 145. p., HORN – WOLTERS-SK § 184f, 1. p.

<sup>95</sup> A fajtalansággal összevetve érdekes megemlíteni, hogy az első példák sérthetik ugyan a szeméremérzetet, de valójában nincsen szexuális vonatkozásuk. Szeméremérsértés kategóriája tehát nem kizárólag szexuális tartalmú lehet (vö. STRATENWERTH – JENNY 2003, 145–146. p.).

Így például, ha egy tanár kizárólag szexuális motivációból ütlegeti a diák fenekét, de a cselekmény külső megjelenésében semmiben sem különbözik (az egyébként nem megengedett) testi fenyítéstől.<sup>96</sup> De ha nem testi fenyítésről van szó, akkor ilyen lehet pl. a gyermek hajának simogatása is.<sup>97</sup>

Jelentősége lehet pl. a szadista cselekményeknek is, amikor is az elkövető olyan bántalmazó, kínzó magatartást fejt ki, amely kívülről nem mutat szexuális jelleget, de a szadista elkövető mindezt a saját szexuális kielégülése érdekében teszi<sup>98</sup> (pl. összekötözi a sértettet, fojtogatja, hajánál fogva húzza, gyertyalánggal érinti vagy forró gyertyaviaszt csöpögtet a testére, korbáccsal veri). A szadista cselekmények is csak akkor válhatnak nemi cselekménnyé, ha a szexuális vonatkozásuk kifelé felismerhetővé válik.<sup>99</sup>

Meg lehet még említeni a különböző fetisizta cselekményeket (pl. ruhafetisizmus, lábfetisizmus), amelyek esetén a szexuális jelleg külsőleg könnyebben felismerhető lehet, mint a szadista cselekmények esetén. Így *pusztán szubjektív alapon* még nem zárható ki egyes fetisizta cselekményeknek a nemi cselekmények körébe sorolása.

Az uralkodó álláspont elutasítja, hogy az objektív körülmények értékelését a tettes belső szempontjaival egészítsük ki. A tettes belső beállítottsága, gondolatai nem helyettesíthetik a cselekménnyel érintett személy szexuális vonatkozású sérelmét. Amennyiben a szexuális jelleg az elkövetés során semmilyen módon sem lép előtérbe, nem válik felismerhetővé, hanem csak ez elkövető gondolatvilágának utólagos rekonstruálása során derül rá fény, akkor maga a cselekmény nem fejt ki azt a káros hatást, amitől nemi cselekménnyé válna. Hiszen nem sérti sem a szexuális önrendelkezést, sem az ifjúság szexuális fejlődését.<sup>100</sup> Az objektivisták elmélet rációja abban rejlik, hogy szexuális önrendelkezést csak a kívülről felismerhetően szexuális vonatkozású cselekmények sérthetik.<sup>101</sup>

Látható, hogy ez a felfogás a nemi cselekmény *teleologikus értelmezéséből* fakad, amely a jogtárgysértést emeli a nemi cselekmény meghatározásának középpontjába. A bűnös gondolat, amíg a külvilágba nem jut, önmagában még nem alkalmas a jogi tárgy sértésére.

2.1.2 E teleologikus megközelítésből eredően a nemi cselekmény kategóriájának feladata a másik oldalon annak biztosítása, hogy az *objektíve egyértelműen szexuális cselekményeket* feltétlenül nemi cselekményként kezelhessük, tekintet nélkül arra, hogy a tettet motiválja-e a saját vagy más nemi vágyának kielégítése

<sup>96</sup> S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1629. p. Az első ránézésre „blödnek” tűnő példa életszerűségének igazolására utalni lehet a BGHSt 13, 33. számú döntésre, amelynek alapjául egy lelkes cselekménye szolgált, aki lehúzatta a diáklánnyal a fenekéről a bugyiját és megkorbácsolta, és mind ezt saját szexuális izgatása végett tette (lásd még 2.2.2.B. 118.lj.).

<sup>97</sup> HORN – WOLTERS-SK § 184f, 1–2. p

<sup>98</sup> FEGEHL 1995, 168. p.

<sup>99</sup> S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1629. p

<sup>100</sup> HORNLE-MK 1396. p. és lényegében így S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1629. p

<sup>101</sup> SICK 1993, 260. p.

avagy sem.<sup>102</sup> Az objektíve szexuális vonatkozású cselekmény nem veszíti el azáltal a szexuális karakterét, hogy dühből, bosszúból, megalázásból, babonából, tréfából, kíváncsiságból, cinizmusból, kísérletezési kedvből, illetve tudományos vagy művészeti célból követik el.<sup>103</sup> Az egyértelmű szexuális vonatkozás folytán ugyanis ilyen esetekben is sérti a releváns jogi tárgyakat.

A teleologikus interpretáción túl *kriminológiai felismerések* is vezettek a nemi vágy minősítésbeli jelentőségének feladásához. Ezek szerint a szexuális bűncselekmények sok esetben szexualizált erőszakot jelentenek, a tettes céljai nem vagy nem kizárólag szexuális jellegűek. Igen szemléletesek ebből a szempontból a házastárs, élettárs sérelmére elkövetett nemi bűncselekmények. Ismertesek olyan példák, amikor a férj a válás után megerőszakolta a korábbi feleségét, és az elkövetés központi mozgatója a feleség olyan nemi cselekményekre kényszerítése volt, amelyekről a volt férj tudta, hogy azokat a felesége nem szereti. A tartós kapcsolatban elkövetett nemi erőszak mögött az elkövetők gyakran azt a kívánságukat nevezik meg, hogy a nő számára kézzel foghatóvá tegyék a korlátozott és függő helyzetét, különösen akkor, ha a nő nagyobb önállóságra vágyik, pl. szeretne a házon kívül dolgozni vagy magát tovább képezni. Ezzel párhuzamosan az elkövető megerősíti a saját férfiképét. A szexuális motivációk ilyen esetben csak másodrangúak. De hasonló kép mutatkozik azon férfiak csoportjánál is, akik idegen nőket támadnak és erőszakolnak meg. Az ő esetükben sem a nemi kielégülés áll az előtérben, hanem hogy a gyűlöletüket, agresszív hajlamukat vagy dominanciaérzésüket kiélhessék.<sup>104</sup>

A nemi erőszakban tehát elsősorban nem a szexuális ösztön, hanem az agresszió megnyilvánulását kell látni, ahol is a szexualitás áll az agresszió kivitelezésének szolgálatban és nem fordítva. A régebben használt ún. szexuális szükséghelyzet (sexueller Notstand) kategóriája nem tekinthető adekvátnak.<sup>105</sup> Kriminológiai szempontból az erőszakos szexuális bűncselekmények sokkal inkább hasonlítanak más erőszakos bűncselekményekhez, mint a többi nemi bűncselekményhez.<sup>106</sup>

Nem gondolom, hogy a szexuális agresszióra vonatkozó kriminológiai nézetek ismertetésével elkövetném a fajtalanság fogalma kapcsán kritizált hibát, nevezetesen a nemi cselekmény elemeinek az egyéb tényállásai elemekkel (erőszak stb.) való összekeverését (vö. I.4.2.). Itt azt kell látnunk, hogy ha a nemi cselekmény szintjén megköveteljük a szexuális motivációt, akkor – amennyiben komolyan figyelembe vesszük a kriminológiai tapasztalatokat – az erőszakos szexuális bűncselekmények nagy része nem lenne szexuális bűncselekménynek minősíthető. Ha ugyanis a nemi cselekményt – a célkitűzésünk szerint – genus proximumként kezeljük, akkor nem foglalhatunk bele olyan elemet, amely az érintett bűncselekmé-

<sup>102</sup> Így pl. STRATENWERTH – JENNY 2003, 146. p., HÖRNLE-MK 1396. p., HORN – WOLTERS-SK § 184f, 2. p.

<sup>103</sup> SICK 1993, 261. p. A felsorolásbeli példák egy része az RG és a BGH fajtalanság kizárásával kapcsolatos konkrét döntéseire nyúlik vissza.

<sup>104</sup> E kriminológiai eredményeket ismerteti KUMMER 2002, 51. p.

<sup>105</sup> GÖPPINGER – BOCK – BÖHM 1997, 604. p.

<sup>106</sup> KIENAPFEL – SCHMOLLER 1999, 191–192. p. és SCHICK-WK 17–18. p.



nyek egy jelentős hányadában (erőszakos szexuális bűncselekmények) ténylegesen nem valósul meg.

A fajtalanság fogalmának elemzése során már felmerültek olyan jogesetek, amikor is katonaságnál, illetve büntetés-végrehajtási intézetben történtek nem vagy nem kizárólagosan szexuális cél által vezérelt bűncselekmények (lásd 1.2.2.2 és 1.2.2.3.). E résztema lezárásaként vegyünk egy esetet a német bírói gyakorlatból:

A azt színlelve, hogy rendőrfelügyelő, a szerény szellemi képességű hajléktalan W-t hetekre megfosztotta a személyi szabadságától, és a kertjében ásási munkára kényszerítette. Miután a munkák befejeződtek, A abban kezdte örömet lelni, hogy W-t megalázza és fájdalmat okoz neki. Szinte naponta megütötte és megrugdosta a védekező W-t, és mind pszichésen, mind fizikailag egyéb módon is bántalmazta. Többek között arra kényszerítette, hogy vetközzön le, és hagyja a nemi szervét ellenőrizni. Ezen kívül ökolcsapásokkal többször megkísérelte W-t arra kényszeríteni, hogy a hímtagját a szájába vegye, és a jelenlévő más férfiak nadrágját is nyissa ki és velük is így tegyen.

A Landgericht szexuális motiváció hiányában nem állapított meg nemi bűncselekményt. A BGH ezzel szemben kifejtette, hogy az olyan cselekmények esetén, amelyek külső megjelenésük szerint egyértelműen és kizárólag szexuális vonatkozásúak, nincs jelentősége a tettes motivációjának. A célja nem kell, hogy saját vagy mások nemi vágyának felkeltése vagy kielégítése legyen. Düh vagy agresszív-szadista hajlamok nem zárják ki a szexuális jelleget.<sup>107</sup>

2.1.3. Részösszegzésként elmondható, hogy nemi vágy felkeltésének, kielégítésének célja büntethetőséget megalapozó funkciót (az objektíve semleges cselekményeknél), illetve ennek hiánya pedig büntetőjogi felelősséget kizáró szerepet (az objektíve egyértelműen szexuális jellegű cselekményeknél) nem tölthet be. *A szexuális motiváltság tehát büntetőjogi szempontból irreleváns.*<sup>108</sup>

## 2.2. Egyértelmű, ambivalens és semleges cselekmények („a német út”)?

Mint látható volt, a vélemények egységesek abban, hogy a szexuális motiváltságnak – a fajtalansággal ellentétben – nem lehet szerepe a nemi cselekmény minősítésénél. Ehhez képest már nem beszélhetünk egységes véleményekről a tényleges célkitűzést, a nemi cselekmény objektív meghatározását illetően.

Az előző részben a nemi szempontból semleges, illetve az egyértelműen szexuális jellegű megjelöléseket használtam az érintett cselekménycsoportokra. A törvényi „áldefinícióval küszködő” *német jogirodalomban* – a nemi cselekmény

<sup>107</sup> Az 1990-es évekből származó jogesetet ismerteti LAUBENTHAL 2000, 21. p.

<sup>108</sup> E részben döntően a német irodalomra hivatkoztam. A szexuális motiváció az osztrák álláspont szerint is közömbös, e kérdésben eltérés nem tapasztalható. Lásd KIENAPFEL – SCHMOLLER 1999, 176. p., FEGERL 1995, 167–168. p. Utalni kell ugyanakkor egy kisebbségi és erősen kritizált német álláspontra is, amely bizonyos esetekben nem tartja irrelevánsnak a szexuális motiváltságot (lásd 2.2.2.B.).

absztrakt meghatározása mellett (lásd 1.3.) – a minősítendő cselekmények objektív szempontból, azaz hogy külső megjelenésük szerint mutatnak-e szexuális jelleget, tipikusan *három csoportban* jelennek meg: a már említett semleges, egyértelmű, valamint az ún. ambivalens (két- vagy többértelmű) kategóriában. Azonban abban, hogy ezek a kategóriák valójában mit takarnak, már merőben eltérő nézetekkel találkozhatunk.

E tipizálás kiindulópontja az a felfogás, amely szerint a nemi cselekményt leginkább úgy lehet(ne) meghatározni, hogy az azon jelenségek és magatartásmódok összessége, amelyek a nem specialitásából vezethetők le, és amelyek közvetlen tárgya az ember nemisége. Így azonban nagyon sok cselekmény válna nemi cselekménnyé, pl. az ún. erogén zónák érintése, simogatása is. Az erogén zónák a nemi szervek, a női és a férfi mell, a nyak, a száj, a fülcimpák; adott esetben az ember egész bőrfelülete és szőrzete. Amennyire különböznek egymástól az egyes emberek, annyira különbözök az erogén zónáik is. Azt, hogy az adott magatartásnak köze van-e a nemiséghez, így csak egy külső, harmadik személy tudja megítélni, s ezzel a definíció végeredményben a társadalom szexuális szokásaihoz kapcsolódik.<sup>109</sup>

2.2.1. A hármass csoportosítás tehát a külső szemlélő nézőpontját képezi le. Logikus lenne, hogy akkor ezek után az esetcsoportok szerint tipikus cselekménytípusokat nevesítsünk. Ehhez képest az „egyértelmű” és a „semleges” kategóriáról a német irodalom jóformán hallgat. Két munkát találtam mindössze, amely nevesíti az *egyértelmű szexuális vonatkozású cselekményeket*. Sick itt vaginális, orális és anális közösülést, a nemi szervek és azok közvetlen környékének más jellegű megérintését, valamint a női mell megérintését említi.<sup>110</sup> Laubenthal a német bírói gyakorlat alapján ezt a sort egészíti ki: nyelves csók; egy leánygyermek rávétele arra, hogy a felsőtestét meztelenítse le és közben szexuális jellegű kérdések feltétele; a vaginális vagy anális penetráció (behatolás) ujjal vagy tárggyal való véghezvitele; gyermekek fotózása, akiknek egymással, illetve felnőttekkel szexuális pózokat kell felvenniük; egy toloszékben ülő lány szeméremtestének megérintése a nadrágon keresztül.<sup>111</sup>

2.2.2. A szerzők annál többet foglalkoznak az ún. *ambivalens cselekményekkel*, mondván, ezek büntetőjogi megítélése lehet igazán problematikus. E cselekményekre tipikus példaként az orvosi vizsgálatokat és a másik ember mosdatását, gondozását szokták említeni.

A. A szerzők egy része szerint *nincsenek valódi ambivalens cselekmények*, hiszen az elfogadott szexuális magatartási szabályok figyelmen kívül hagyása viszonylag világosan felismerhető. A példaként említett orvosi cselekmények valójában *semleges* cselekmények, ha azokat szabályszerűen fejtik ki. Ha azonban a kül-

<sup>109</sup> BECK 1988, 26. p.

<sup>110</sup> 1993, 259. p.

<sup>111</sup> 2000, 20. p.

ső megjelenés eltér a megszokottól, pl. egy orvos vagy egy masször szokatlan, orvosilag nem indokolt manipulációkat végez a nemi szervein, akkor a nemi cselekményként való besorolása viszonylag *egyértelmű*.<sup>112</sup> Ezek a cselekmények akkor alkalmasak a szexuális önrendelkezés sértésére, ha kívülről láthatóan *egyértelműen* szexuális vonatkozásúak. Ha e mellett egy esetleges nem szexuális vonatkozás is felismerhető, attól a cselekmény még nemi cselekmény marad. Ha egy külső szemlélő valamennyi körülményt figyelembe véve szexuális jellegű magatartásként értékelné, akkor nemi cselekményről van szó.<sup>113</sup>

A felsőbbíróságok nem értékelték nemi cselekménynek annak a fotósnek a cselekményét, aki egy hatéves fiút fotózott, miközben az meztelenül tornagyakorlatokat végzett, így pl. hidat vagy cigánykereket. Hasonlóképpen nem valósult meg nemi cselekmény akkor sem, amikor a tornanadrágos fiúkat fényképezte a vádlott úgy, hogy az egyik vagy másik farpofájuk többször kilátszott, illetve több fénykép ábrázolta a fiúkat szétterpesztett lábbal. A jogerős döntések szerint ezekben az esetekben nem vonható le egyértelműen olyan következtetés, amely alapján a vádlottak és a gyermekek cselekményeit nemi cselekményként értékelhetnénk.<sup>114</sup>

B. A szerzők egy másik (kisebb) része az ambivalens cselekmények esetén eltér az objektívizmustól és az ún. vegyes, objektív-szubjektív teóriát követi. Eszerint a külsőleg ambivalens cselekmények nemi cselekménykénti értékeléséhez az szükséges, hogy az elkövető a saját vagy más nemi vágyának felkeltése vagy kielégítése céljából fejtse ki ezeket. Ez alapján pl. befejezett a nemi cselekmény, ha az elkövető azért ül rá a nőre, hogy rámaszturbáljon, de nem valósul meg nemi cselekmény, ha az elkövető azért ragadja meg a sértettet a lába között, hogy a menekülését megakadályozza. A meztelen test ütlegetése nem nemi cselekmény, ha dühből fakad, de nemi cselekmény, ha szexuális motivációjú. Ugyanez mondható el az orvosi vizsgálatról vagy kezeléssel is.<sup>115</sup> E felfogás alátámasztásaként említik, hogy a törvényhozási anyagokból is ez látszik kirajzolódni.<sup>116</sup>

Miután a vegyes, objektív-szubjektív teória az ambivalens cselekményeknél (csak ott!) jelentőséget tulajdonít a nemi motiváltságnak, így szükségképpen foglalkoznia kell az ún. *motivumok összekapcsolódásának problémájával* (Motivbündelung), amellyel – a dolog lényegénél fogva – a fajtalanlás kapcsán is foglalkozni kellett. (Az objektív teória számára e kérdés szintén indifferens.) Beck foglalja össze az ezzel kapcsolatos álláspontokat:

- azt kell vizsgálni, hogy a szexuális célzat a cselekmény *conditio sine qua non*-ja-e;
- döntő, hogy a szexuális célzat áll-e az előtérben, azaz megelőzi-e a másik motivumot;

<sup>112</sup> HÖRNLE-MK 1397. p. és hasonló álláspontot képvisel GÖSSEL 2005, 16–17. p.

<sup>113</sup> LAUBENTHAL 2000, 21–22. p.

<sup>114</sup> Uo. 22. p.

<sup>115</sup> S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1629. p., TRÖNDLE – FISCHER 2006, 1195. p.

<sup>116</sup> LACKNER – KÜHL 2004, 780. p.

- nemi cselekményről csak akkor lehet beszélni, ha a tettes a cselekményével – figyelemmel a másik céljára – jogtalan célt követett.<sup>117</sup>

E vegyes teóriát kemény kritikák érik. Az egyik szerint e felfogás érvényesítése komoly bizonyítási problémákat vet fel, másrészt „gondolatszimatoláshoz” (Gesinnungsschnüffelei), gondolatolvasáshoz vezetne, ha e cselekmények szexuális vonatkozása kívülről nem ismerhető fel.<sup>118</sup> Egy hasonló vélemény szerint valójában kevés olyan cselekmény van, amely egyértelműen és kizárólag nemi vonatkozású, szinte minden cselekmény ambivalens karakterű. Ezért az objektív-szubjektív teóriának az lenne a következménye, hogy a tettes belső viszonyulása szinte minden esetben a büntetőeljárás tárgyát képezné, és a szexuális bűncselekményekre egyébként is fokozottan jellemző bizonyítási problémákat csak tovább nehezítené.<sup>119</sup>

A vegyes teória valójában extrém mértékben képes kiterjeszteni a nemi cselekmény hatókörét. Így történt ez abban az 1980-ból származó jogesetben, amikor a maszturbáló elkövető arra kérte a 10 éves fiú sértettet, hogy vizeljen a szájába. A szakértő megállapítása szerint az elkövető ún. urolagnióban szenvedett, azaz a szeretett személy vizeletének ízlelésétől érzett szexuális örömet. A bíróság a maszturbáció mellett a vizeletivást is bevonta a nemi cselekmény körébe, azaz az elkövető belső motivációjának vizsgálatával a „pusztán szexuálison” túl már a beteges vonásoknak is jelentőséget tulajdonított.<sup>120</sup>

C. Egy további álláspont szerint az *ambivalens cselekmények nem lehetnek nemi cselekmények*, hiszen nem teljesítik azt a kritériumot, hogy a szexuális vonatkozásnak egyértelműen felismerhetőnek kell lennie. Ilyenkor sem objektív, sem pedig szubjektív szempontokat nem szabad segítségül hívni, hanem ezen esetek kétségségsére tekintettel „pro reo” kell döntenie, tehát nem minősíthetők nemi cselekményként.<sup>121</sup>

D. Az ezzel ellentétes felfogás pedig *minden ambivalens cselekményben nemi cselekményt lát*. Érvelése szerint, amennyiben egy cselekménynek van szexuális vonatkozása, akkor alkalmas arra, hogy más szexuális szférájába beavatkozzon. Ezen az sem változtat, ha a cselekmény adott esetben kétértelmű, hisz adott a sze-

<sup>117</sup> 1988, 19–20. p. Az utolsó álláspontot képviseli a vegyes teóriát alapul vevő egyik recens kommentár is, amely szerint ilyen esetekben a jogos célt nem teszi jogtalaná, ha ahhoz szexuális motívum is társul, tehát nem jön létre nemi cselekmény (S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1630. p.).

<sup>118</sup> KUMMER 2002, 52. p. Még az „Unzucht” időszakából (1959) említendő az jogeset, amikor a lelkes fegyvelmezési céllal megkorbácsolt két rábizott kislányt, és eközben nemi örömet is érzett. A BGH itt igazi gondolatolvasást végzett, hosszasan fejtegette, hogy a nemi és fegyvelmezési motívum milyen viszonyban állhattak egymással, melyik helyeződhetett előtérbe, vagy melyik nyomhatta el a másikat, továbbá hogy az „alantas ösztönöket még akkor is teljesen elfedheti egy jó indítóok, ha azok valójában még akár 'energetikusan', erősebben veszik ki részüket a cselekményből, és így előfordulhat, hogy nem jutnak el a tettes tudatáig” (sic!). Lásd: BGHSt 13, 33, 139. p. Az itt már a nemi cselekmény kapcsán ismertetett vegyes teória sem lehet mentes ettől a „vizsgálatától”.

<sup>119</sup> SICK 1993, 261–262. p. A kritikusok hangos táborába tartozik valamennyi objektivistá nézőpontú szerző. Csak példaként HORN – WOLTERS-SK § 184f, 2. p., BECK 1988, 42–43. p.

<sup>120</sup> BECK 1988, 42. p. Az esetet említi még HORNLE-WK 1396. p., S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1629. p. és nem tartja elfogadhatónak HORN – WOLTERS-SK § 184f, 1–2. p.

<sup>121</sup> HORN – WOLTERS-SK § 184f, 2. p.

xuális vonatkozása is, így fennáll a releváns jogi tárgyak veszélyeztetése. Egy másik, nem szexuális vonatkozású jelentéstartalom a szexuális jelleget nem közömbösítheti, a veszély tehát megmarad.<sup>122</sup>

2.2.3. Ezt a bonyolult képet tovább árnyalja az ún. „Erheblichkeitsklausel”, vagyis a vonatkozó törvényi rendelkezésnek (dStGB 184f. §) az az eleme, amely a jogi tárgy és a nemi cselekmény között teremt kifejezett kapcsolatot oly módon, hogy nemi cselekmény csak a jogi tárgyra nézve „némileg jelentős” cselekmény lehet.

Ebben az „egymásra vonatkoztatási kategóriában” mind mennyiségi (kvantitatív), mind relatív aspektusok találhatók. A *mennyiségi komponens* funkciója az, hogy biztosítsa, hogy csak a „társadalmi szemlélet szerint nem tolerálható” magatartások minősüljenek nemi cselekménynek. Ezzel kizárhatók a pusztán ízléstelennek, tapintatlannak tekinthető magatartások, pl. a csipő futólagos átkarolása vagy az arc megpuszítása. A nemi szervek vagy a női mell érintése minden esetben jelentősnek tekinthető, és a mennyiségi követelménynek egyre nagyobb a jelentősége, ahogy a nemi szervektől távolodunk. Ugyanakkor a sértett testének a nemi szerv közelében történő megfogása nemi cselekmény, de nemi cselekmény pl. a sértett levetköztetésének megkísérlése úgy, hogy közben az elkövető merev hímveszője kilóg a nadrágjából.

A *relatív komponens* azt fejezi ki, hogy ugyanolyan magatartásoknak eltérő lehet jelentősége akkor, ha más-más jogi tárgyat érintenek. Minél fokozottabb védelmet igényel a konkrét bűncselekmény jogi tárgya, annál alacsonyabb a követelmény a nemi cselekmény kvantitatív ismervével kapcsolatban. Így az ifjúságvédelmi tényállások körében a csókolózás mindentől (pl. időtartamától) függetlenül nemi cselekmény. De a BGH az ifjúság szexuális fejlődésének jelentős veszélyeztetését látta abban is, amikor az elkövető a kilencéves kislányt úgy tette fel a lóra, hogy eközben a kívülről hordott pólója alá nyúlt és a póló alatti topon keresztül többször megfogta a kislány felsőtestét. Olyan differenciálással is találkozni, miszerint egy kislány mellének a megérintése nem jelentős, érezhető megfogása határeset, határozott megtapogatása jelentős nemi cselekmény.<sup>123</sup>

A nemi cselekmény jelentőségének ismerve nagyon vitatott és számos kritika éri a német büntetőjogászok részéről. Gyakorlatilag nem találni olyan, a témával foglalkozó munkát, amely nem fogalmazna meg erős kritikát. Ezek részletes áttekintése nem lényeges jelen dolgozat szempontjából, az érzékeltetés kedvéért csak néhány főbb kritikai megállapítást említenék.

Sokan felróják a német jogalkotónak, hogy ahelyett, hogy ténylegesen definiálta volna a nemi cselekményt, a „jelentőség klauzulájának” beiktatásával a bírói értelmezés számára teljesen nyitott kategóriát teremtett, amelyen keresztül széles körben vonhatók be bizonytalan, leginkább erkölcsi szempontok a mérlegelésbe. A

<sup>122</sup> BECK 1988, 43. p. Az ő álláspontját fogadja el SICK 1993, 262. p.

<sup>123</sup> Az áttekintéshez és a konkrét példákhoz lásd LAUBENTHAL 2000, 22–24. p.: S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1631–1632. p.; TRÖNDLE – FISCHER 2006, 1195–1196. p.

*fajtalanság kategóriájától így valójában nem sikerült megfelelően elszakadni.* A relatív aspektus túlzott és nem reális relativitása tükröződik abban az észrevételben, miszerint az ifjúságvédelmi bűncselekményeknél téves az a sablonos megközelítés, hogy minél fiatalabb a gyermek, annál kisebb a követelmény a nemi cselekmény megállapíthatóságához. Egy kisgyermek lehet, hogy egyáltalán nem érzi még szexuális jellegűnek az olyan közeledést, amit egy serdülő már annak érez, ezért akár az életkori relativitást fordított irányban is fel lehetne állítani. A „jelentőség klauzulája” továbbá azért is félrevezető a jogértelmezés számára, mert azt a benyomást kelti, hogy ami nem jelentős a jogi tárgyra nézve, az nem nemi cselekmény. Holott helyesebb lenne a nemi cselekmény ettől független definiálása, és második lépcsőben a nemi cselekmény tényállásszerűségének vizsgálata. Hasonló összemosódáshoz vezet az erőszakos nemi bűncselekmények esetén az, hogy a jelentőség vizsgálatába sokszor az erőszak/fenyegetés intenzitását is bevonják.<sup>124</sup>

### 2.3. Rövid értékelés

2.3.1. Ebben a részben igyekeztem a nemi cselekmény objektív meghatározásának „német útját” bemutatni. Úgy gondolom – és reményeim szerint láthatóvá vált – hogy a német büntetőjogi irodalom a nemi cselekmény szubjektív oldalán a *szexuális motíváció* vizsgálatának kizárásával mutat fel iránymutató eredményt (lásd 2.1.). Egyebekben a „német út” nem látszik járhatónak, a nemi cselekmény objektív meghatározása a német büntetőjogban nem sikerült kielégítően.

A nemi cselekmény objektív alapokra helyeződő definíciója túl absztrakt, ezért nem sokat mond (vö. 1.3.) és a német irodalomban is felmerült, hogy a közfelfogásra, a társadalom szexuális szokásaira való utalással ugyanoda jutunk, mint a fajtalanság esetén. Az absztrakt definícióból kialakított esetszoportok között – talán megkockáztatható a kijelentés – lehetetlen eligazodni. Az egyértelműen szexuális vonatkozású cselekményeket gyakorlatilag az irodalom döntő része nem nevesíti, azokkal nem foglalkozik. Az ambivalens cselekmények fent leírt megítélése pedig a következő széles és ellentmondásos skálán mozog:

A. valódi ambivalens cselekmények nincsenek, *objektív szemmel* minden cselekményről egyértelműen eldönthető, hogy szexuális vonatkozású-e;

B. az ambivalens cselekmények esetén szükséges a *szubjektív szempontok bevonása*, azaz nemi cselekmény csak szexuális motiváltság esetén valósul meg;

C. a *restriktívnek tekinthető nézet* szerint, ha nem egyértelmű és kizárólagos a szexuális vonatkozás, akkor nem jön létre nemi cselekmény, tehát az ambivalens cselekmény nem nemi cselekmény;

<sup>124</sup> A kritikai észrevételekhez lásd SCHROEDER 1975, 21. p.; BECK 1988, 79–81. p.; SICK 1993, 266. p.; HANGARTNER 1998, 56–57. p.; LAUBENTHAL 2000, 22. p.; S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1630. p.; HORN – WOLTERS-SK § 184f, 2., 5. és 6. p.; GÖSSEL 2005, 18. p.; TRÖNDLE – FISCHER 2006, 1195. p.

*D. az extenzív, a nemi cselekményt absztrakt veszélyeztető jellegűként kezelő nézet szerint pedig minden ambivalens cselekmény nemi cselekménynek tekintendő.*

Ez a zavaros tipizálás nem mutathat irányt a nemi cselekmény dogmatikai meghatározásához. Már csak azért sem, mert több esetben valójában a fajtalanság köszön vissza az analízisben: így a közfelfogásra utalással, a motívumok kapcsolódásának problémájánál a vegyes teóriában, és a nemi cselekmény jogi tárgyra való jelentőségének (Erheblichkeitsklausel) megítélésénél.

Úgy látszik, hogy a német büntetőjog a fajtalanság kategóriájával együtt járó problémák egy jó részét nem tudta megoldani a nemi cselekményre való áttéréssel. Magyar szemmel a *nemi cselekményen keresztüli kriminalizáció még mindig nagyon extenzív*, a bírói gyakorlatból származó példák olykor egészen meglepő döntéseket mutatnak. S bár a német irodalom is hangsúlyozza, hogy a jogtárgyvédlem mellett a büntetőjog ultima ratio jellegének is érvényesülnie kell,<sup>125</sup> álláspontom szerint a német büntetőjog a nemi cselekmény hatókörének megítélésénél messze nincs tekintettel e követelményre.

2.3.2. A német büntetőjog ugyan közvetlenül már nem az erkölcsre utal, amikor az ember szexuális magatartását kívánja meghatározni, hanem annak objektíve szexuális jellegére, az ennek megítéléséhez szükséges normatív mérce azonban még mindig a közfelfogásban található, nehezen megfogható. *A nemi cselekményt ettől határozottabban és egyértelműbben szükséges körülírni a büntetőjog számára.* Ehhez pontosabb fogalmi elemeket kell találni és kidolgozni, olyan elemeket, amelyek igazodnak a *szexualitáshoz mint életbeli jelenséghez*.

Mint már volt róla szó, az osztrák büntető kódex nem tartalmaz semmilyen értelmező rendelkezést a nemi cselekményről. E helyett a jogalkotó az 1989. évi novellához fűzött magyarázatban adott egy olyan meghatározást, amely a további kidolgozáshoz alapul szolgált mind az osztrák jogirodalom, mind a joggyakorlat számára.<sup>126</sup> Az osztrák megközelítés – mint majd látni fogjuk – részleteiben jelentősen más, mint a német, és jól hasznosítható a magyar büntetőjog számára a nemi cselekmény kategóriájának megalapozásához. A következőkben tehát döntően az osztrák megközelítésből fogok kiindulni, továbbá bizonyos részletkérdésekben a német irodalom is segítségül hívható.

### 3. A nemi cselekmény fogalmi elemei

A szeméremsértő jelleggel és a nemi vágy általi motiváltsággal való szakítást követően a kiindulópont továbbra is a cselekmény objektív szexuális jellege. A kérdés az, hogy milyen jellemzők mutathatnak irányt egy cselekmény objektíve szexuális

<sup>125</sup> Így pl. LAUBENTHAL 2000, 6. p.

<sup>126</sup> Ezzel kapcsolatban az osztrák parlament jogi bizottságának az 1989. évi novellához fűzött jelentésére hivatkozik FEGEHL 1995, 162. p. és BERTEL – SCHWAIGHOFER 2005, 51. p. Lényegében ezt a meghatározást idéztem 1.3. pont alatt és említésre kerül a következő, 3. pontban is.

jellegének a megítéléséhez. Az osztrák irodalomban általános elfogadott definíció szerint: nemi cselekmény esetén a közvetlenül a nemi szférához tartozó, tehát a sértett és az elkövető a férfi és a női nemre jellemző specifikus testrészeinek a másik testével való nem felületes (nem futó) érintkezéséről van szó (már idéztem 1.3. alatt; lásd még 126. l.). Ebből a meghatározásból *a következő alapelemek (a nemi cselekmény ún. „precíziós elemei”<sup>127</sup>) rajzolódnak ki: a nemi cselekménnyel érintett specifikus testrészek; a testi érintés követelménye és a cselekmény intenzitása.* Ezek az elemek az életbeli jelenséget tekintve gyakorlatilag nem választhatók el egymástól (hiszen a nemi szervet meg kell érinteni, továbbá az érintés jellege, intenzitása nélkül nem tudunk meg róla sokat), mégis érdemes őket külön-külön tárgyalni, mert egyes részletkérdések így vizsgálhatók meg alaposabban. A következőkben tehát ezen elemek részletes vizsgálatára kerül sor. Ezt követően pedig szót kell még ejteni a nemi cselekménnyel kapcsolatos szubjektív követelményekről, az azt átfogó szándékosság kérdéséről.

### 3.1. A nemi cselekménnyel érintett testrészek

3.1.1. Egyhangú az álláspont abban, hogy a nemi cselekmény nem lehet kérdéses, ha az *a nő vagy a férfi elsődleges nemi szerveit* érinti.<sup>128</sup>

Ugyanakkor pontatlannak látszik Schick további megfogalmazása, miszerint a másodlagos nemi jelleget hordozó testrészek is relevánsak lennének a nemi cselekmény szempontjából.<sup>129</sup> Eszerint a női mell, de pl. a férfiak ádámcsutkája, illetve mell- vagy combszőrzete (illetve az azzal borított testrész) is szóba jöhetne. Összességében valamennyi ilyen testrésznek a nemi cselekmény fogalma alá vonása nem vezetne tartható eredményre. Egyrészt indokolatlanul parttalaná tenné a nemi cselekmény kategóriáját, és ezzel pontosan szembe menne az eredeti célkitűzéssel. Másrészt nehéz lenne azt mondani, hogy pl. egy férfi szakállának húzkodása vagy az ádámcsutkjának szorítása objektíve szexuális jellegű lenne, nyilvánvalóan nem az. A szexuális önrendelkezés mint jogi tárgy sérelméről ilyen esetben nincs szó. A szerző további fejtegetéseiből nem is olvasható ki a nemi cselekmény fogalmának ilyen életszerűtlen kitágítása, inkább lehet arról szó, hogy a generálisnak szánt megfogalmazása pontatlan.

Ehelyett elfogadhatóbbnak tűnik annak konkrét kimondása, hogy a *női mell* is releváns testrésznek tekintendő.<sup>130</sup> Ez eltérést jelent a jelenlegi magyar helyzettől, a fajtalanság fogalma kapcsán egyöntetű az álláspont, hogy a női mell megérintése nem fajtalan cselekmény (vö. I.2.1.3.), tekintettel arra, hogy az – a bírói gyakorlat által leképezett társadalmi megítélés szerint – nem súlyosan szemérem sértő. A jellemzően kazuisztikus megközelítés egyébként itt is tetten érhető, hisz a magyar

<sup>127</sup> SCHICK-WK 36. p.

<sup>128</sup> KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 118. p.; SCHICK-WK 36. p.; FEGERL 1995, 162. p.

<sup>129</sup> SCHICK-WK 36. p.

<sup>130</sup> Így KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 118. p.; FEGERL 1995, 159. és 162. p.; BERTEL – SCHWAIGHOFER 2005, 51. p.



bírói gyakorlat nyitva hagyja azt a kérdést, hogy vajon a női mell megcsókolása, megnyalása vagy szivogatása vajon súlyosan szeméremsértő-e; azaz a női mell ilyen jellegével általában véve nem foglalkozik. A törvényi fogalmazásból is szembeötlő, hogy a szeméremsértő jelleg fokozható kategória, és az nem lehet vitás, hogy ez utóbbi cselekmények szeméremsértőbbek a mell kézzel történő megérintésétől. *A magyar joghelyzet jelenleg valójában nem igazít el a női mell nemi bűncselekményekkel kapcsolatos relevanciájáról*, sőt, a nem átgondolt általánosítás éppen azt a téves benyomást keltheti, hogy a női mellel kapcsolatos manipulációk kizártak a fajtalanság fogalmi köréből. A kazuisztikus bírói gyakorlatban ilyen állásfoglalással valójában nem találkozunk.

A fajtalanság fogalmának ez a jövőben nem feltétlenül képviselhető következménye, s a terminológia esetleges leváltása kapcsán szükséges elgondolkozni azon, hogy az átlagember szeméremérzetén orientálódni próbáló értelmezés helyett a *jogtárgyharmonikus értelmezés* milyen választ adna erre a kérdésre. A női mell mint másodlagos nemi jelleg minden más másodlagos nemi jegynél erősebben kötődik a nő primér szexuális szférájához, nőiségéhez. A szexuális életben meghatározó szerepet tölt be, kiemelkedik a nemi szerveken kívüli más erogén zónák köréből. Ennek egyenes következménye, hogy *a női mellel érintő cselekmények alkalmasak arra, hogy a nő szexuális önrendelkezését súlyosan sértsék*.<sup>131</sup>

Ez a teleologikus értelmezés tükröződik azokban az osztrák véleményekben is, amelyek szerint a kislány mellének megérintése a serdülőkor előtt nem lehet nemi cselekmény, hiszen annak akkor még nincs nemi jellege, így nem tartozik a gyermek szexuális fejlődésének védelméhez szükséges zónába. A pubertás kezdetével azonban egyértelművé válik a serdülő lány mellének nemi jellege, így azt nemi cselekmény érintheti, és ehhez nem szükséges mell teljes kifejlődése, csak a pubertás és ezzel a mell fejlődésének megkezdődése.<sup>132</sup>

Kérdésként merülhet fel, hogy a női mellnek releváns testrészként kezelése nem jár-e indokolatlan kriminalizációval. Véleményem szerint nem. Az egyik oldalon ezt a jogtárgyvédelmi szempontok indokolják, a másik oldalon pedig a releváns bűncselekmények egyéb tényállási elemei biztosítják azt, hogy a kriminalizáció köre az arányosság elvének megfelelően. Így ha egy nőnek meglepetésszerűen fogdosni kezdik a mellét, kényszerítés hiányában nem fog még erőszakos nemi bűncselekmény megvalósulni (hanem legfeljebb becsületsértés). Ha azonban erőszakkal/kvalifikált fenyegetéssel arra kényszerítik a nőt, hogy tűrje a pl. mellének fog-

<sup>131</sup> Tekintettel arra, hogy a fajtalanság jelenlegi értelmezéséhez képest kriminalizációs hatása van az itt képviselt álláspontoknak, a német és osztrák felfogás mellett két további ország, Svájc és Olaszország büntetőjogát is megvizsgáltam ebben a kérdésben. Svájcban a női mellel érintő manipulációkat egyértelműen nemi cselekménynek tekintik (így TRECHSEL 1997, 703. p.; REHBERG – SCHMID – DONATSCH 2003, 407. p. és STRATENWERTH – JENNY 2003, 148. p.). Az olasz büntetőjogban a női mellett szintén szorosan a szexuális szférához tartozó testrésznek tekintik, s így az arra irányuló intenzív behatás az olasz büntetőjog szerint is nemi cselekmény (Dr. Konstanze Jarvers, a freiburgi Max-Planck-Intézet olasz referensének személyes közlése alapján; hivatkozással *Crespi/Stella/Zuccalaa*, Art. 609-bis III Rn. 3).

<sup>132</sup> KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 118. p; FEGERL 1995, 160. és 169. p.

dosását vagy csókolgatását, akkor a kényszerítés tényállása helyett – figyelemmel a speciális jogi tárgy sérelmére – indokolt lehet az erőszakos nemi bűncselekmény megállapítása. Az ifjúság szexuális fejlődését védő bűncselekmény (megrontás) megállapítása elve csak akkor kerülhet szóba, ha a lánygyermek a serdülőkorba lépett, melle fejlődésnek indult, s ezzel e bűncselekmény hatóköre tágul egy kicsit, de csak indokolt körben. Részemről pedig a jövőben a vérfertőzés Btk. 203. §-a szerinti tényállásának kiiktatását tartom szükségesnek, így ezt a tényállást ebben a koncepcióban már nem érintené a nemi cselekmény e részkérdése.

3.1.2. Ettől bonyolultabbnak tűnik az abban a kérdésben való állásfoglalás, hogy a *végbélben folytatott manipulációk* a nemi cselekmény körébe vonhatók-e.

A nemi cselekmény szempontjából releváns testrészek meghatározásánál döntő kell, hogy legyen az a szemlélet, amely szerint *a nemi szervek és a nemi jelleg kérdését nem szabad automatikusan összemosni a szexualitás, a szexuális jelleg kérdésével*. Funkciójuknál és jellegükénél fogva a nemi szerveket és női mellét érintő cselekmények egyértelműen az emberi szexualitás szférájába tartoznak, azonban a szexuális élet mai jellemzőit figyelembe véve e kör tágabb lehet a nemi szerveknél és a női mellnél. Így nem állja meg feltétlenül a helyét egy olyan érvelés, amely a *végbél nem nemi szervi jellegét* veszi figyelembe, és ezért automatikusan kizárja a végbél érintő nemi cselekmény lehetőségét. Ez a felfogás nem látja a különbséget a *biológiai* értelemben vett férfi és női jellegek, valamint a szexualitás mint *társadalmi jelenség* között.<sup>133</sup>

Némileg eltérőnek tűnik, de valójában ugyanezen hibásnak mondható szemléleten alapul az az érvelés, amely szerint nők esetén a végbél a hüvelyhez való fiziológiai közelsége miatt a nemi szerv közvetlen területéhez sorolható, míg férfiak esetén a nemi szerv más jellegű elhelyezkedése miatt erről nem beszélhetünk. S a nemi cselekmény lehetőségét is ennek megfelelően kellene differenciálni.<sup>134</sup>

A helyesnek tartható érvelések ezzel szemben rámutatnak, hogy önkényesnek tűnik azt állítani, hogy férfi esetén a végbél ne helyezkedne el a nemi szerv közvetlen közelében, másrészt semmiképpen sem mondható az, hogy a végbél férfiak esetén kevésbé lenne erogén, mint a nőknél.<sup>135</sup> Épp ellenkezőleg, a végbél mindkét nem esetén számos szexuális jellegű cselekmény érintheti és a ma emberének szexuális életében egyre inkább érinti is. A végbél szexuális jellegű igénybevétele egyre kevésbé korlátozódik a homoszexuális férfiak szűk körére. Így elmondható, hogy a *végbél* ugyan nem nemi szerv, de a szexualitás szempontjából figyelembe

<sup>133</sup> HOLZLEITHNER 2003, 256. p.

<sup>134</sup> KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 118. p.

<sup>135</sup> HOLZLEITHNER 2003, 256. p.

veendő, *manipulálása objektíve szexuális jellegű lehet.*<sup>136</sup> Más megfogalmazás szerint, az utóbbi néhány évtizedben a végbél „szexualizálásáról” lehet beszélni.<sup>137</sup>

3.1.3. Az egyéb erogén zónák nem vonhatók a nemi cselekmény körébe, mert bár azoknak lehet szexuális vonatkozásuk, de a szexuális önrendelkezés mint kiemelten védett jogi tárgy szempontjából ezek sérelme elhanyagolható. Így nem vonható a nemi cselekmény körébe a csípő, a combok vagy a fenék megérintése, illetve a száj, annak megcsókolása. Az osztrák bírói gyakorlat *kizárja* e körből továbbá a has megérintését, a sértettre való ráülést, a sértett átkarolását, és a csókon kívül még kifejezetten a csókolózást is.<sup>138</sup>

### 3.2. A testi érintés követelménye

3.2.1. Az előbb tárgyalt releváns testrészek kérdéséről elválaszthatatlan követelmény, hogy a nemi cselekményhez azok megérintése szükséges. A következőkben ennek az érintésnek, érintkezésnek a feltételeit szükséges tisztázni. Az érintés kifejezést itt inkább átfogó, semmint annak általános értelmében használom, a szimpla megérintéstől kezdve mindenféle testi manipulációt, akár penetrációt értek alatta. Az érintés jellegéről és intenzitásáról a következő pontban lesz szó.

Az nem kérdéses, hogy *a meztelen nemi szervek megérintése nemi cselekmény.* A jogtárgyharmonikus értelmezés azonban annak elfogadásához vezet, hogy *a releváns testrészek ruhán keresztül történő érintése is lehet nemi cselekmény* akkor, ha ezt az érintést a sértett ugyanúgy, hasonló intenzitással érezhette, mintha az meztelenül történt volna. Ehhez vékony ruha (pl. bugyi, melltartó, esetleg fürdőruha, vékony póló vagy nyári ruha) és adott esetben erősebb megérintés szükséges.<sup>139</sup> Bizonyos esetekben pedig a cselekménynek a közösüléshez kell hasonlónak lennie, testüregbe történő behatolásra kell irányulnia.<sup>140</sup>

Szintén egységesek az álláspontok annak tekintetében, hogy *a releváns testrészek tárgygal történő megérintése* is elegendő lehet a nemi cselekmény megállapításához.<sup>141</sup>

Az érintést közvetítheti kiválasztási termék (pl. vizelet) vagy egyéb testi váladék is (pl. sperma).<sup>142</sup> Ehhez azonban kettős megszorítást kell tenni. Egyrészt az

<sup>136</sup> Így FEGEERL 1995, 162. p., BERTEL – SCHWAIGHOFER 2005, 51. p. Németül kifejező az a magyarra nehezen lefordítható különbséggel, miszerint a végbél nem „geschlechtsspezifisch”, hanem „geschlechtsbezogen” jellegű testrész (SCHICK-WK 36. p.).

<sup>137</sup> Vö. HOLZLEITHNER 1996, 25. p. 36. l., ahol a szerző rámutat, hogy ebben többek között a pornóvideóknak a mindennapi szexuális életre gyakorolt hatása is kimutatható. Ezt az összefüggést erősíti az OGH 1980-ból származó azon döntése, amely erre tekintettel az analízis közösülést kivette az Ausztriában egyébként büntetendő ún. „kemény pornográfia” (harte Pornographie) köréből.

<sup>138</sup> Ismerteti KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 119. p.; hasonlóan FEGEERL 1995, 169. p.

<sup>139</sup> KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 118. p. E kérdésben egyébként úgy az osztrák, mint a német irodalomban megegyeznek az álláspontok. Vö. FEGEERL 1995, 168. p., továbbá S/S-LENCKNER – PERRON – EISELE 1632. p., HÖRNLE-MK 1398. p.

<sup>140</sup> SCHICK-WK 36. p.

<sup>141</sup> Lásd 139. l., továbbá SCHICK-WK, 35. p.

ilyen cselekmények intenzitása nem elégíti azt a mértéket, amely a ruhán keresztül történő érintkezéshez szükséges, tehát ha pl. a sértett kabátjára ejakulál az elkövető, akkor nem valósul meg nemi cselekmény.<sup>143</sup> Másrészt pedig nem lehet egyetérteni azzal a megállapítással, hogy pl. a „semleges” testrészekre való ejakulálással is megvalósítható a nemi cselekmény.<sup>144</sup> A nemi cselekmény meghatározásával kapcsolatos törekvések ugyanis összekapcsolódnak a sértetti szexuális önrendelkezés körvonalainak lefektetésével (vö. 1.3.). Ahhoz, hogy ennek köre ne legyen parttalan, szükséges volt azt a fogalom szempontjából specifikus testrészekhez kapcsolni, legyen szó akár a sértett, akár az elkövető ilyen testrészeiről. A sértett semleges testrészére való (pl. hasára, arcára) ejakulálás nemi cselekményként való felfogása megbontaná ezt az alappillért, és további kivételek előtt nyitná meg az utat. Álláspontom szerint az ilyen cselekmény becsületsértés vagy a körülményektől függően kényszerítés bűncselekményét valósíthatja meg. Nemi bűncselekményt csak akkor, ha *specifikus testrészt érint*.

Ha *relatív aspektusból* tekintjük a releváns testrészek érintését, akkor elmondható, hogy a nemi cselekmény létrejöhet:

- a sértett specifikus testrésze és az elkövető bármilyen testrésze közötti érintkezéssel, illetve a sértett semleges testrésze és az elkövető specifikus testrésze közötti érintkezéssel;
- ugyanez a reláció elkövetőnek nem tekinthető harmadik személy vonatkozásában;
- a sértett specifikus testrészeinek a saját maga általi történő érintésével, azzal, hogy a cselekmény intenzitását ilyenkor különös gonddal kell vizsgálni.<sup>145</sup>

Figyelemre méltó *Fegerl* azon érvelése, hogy a sértett a nemi szervének saját maga általi manipulálása során a tettes mintegy eszközként használja a sértettet a nemi cselekmény elvégzésére. Erőszakos bűncselekmény esetén ez kézenfekvőnek tűnik<sup>146</sup>, s ezt még kiegészíthetjük azzal, hogy pl. 14 év alatti gyermek önkielégítésre rábírása esetén is adott lehet az eszköz-személyi minőség. Ez a fajta érvelés a közvetett tettességhez hasonló szituációként értelmezi a nemi cselekménynek ezt az esetét.

Ha tovább kívánjuk absztrahálni a nemi cselekmény ezen ismervét, akkor elmondható, hogy bármely két személy közötti érintkezés esetén legalább egyikük releváns testrészének az érintése szükséges, továbbá nemi cselekmény megvalósul a sértett specifikus testrészének saját maga általi manipulálásakor is. És ha a nemi cselekményt valóban genus proximumként kezeljük, akkor a fogalom szempontjából mindegy, hogy azt a saját testén ki, az elkövető vagy a passzív alany végzi. Ezeket a relációkat ugyanis a törvényi tényállás egyéb elemeinek kell kifejeznie.

<sup>142</sup> GÖSSEL 2005, 20. p.

<sup>143</sup> Ezzel kapcsolatban konkrét BGH-döntést ismertet LAUBENTHAL 2000, 25. p.

<sup>144</sup> Így HÖRNLE-MK 1389. p.

<sup>145</sup> Vö. SCHICK-WK 35. p.; KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 118. p.

<sup>146</sup> 1985, 167. p.

(A fajtalanság de lege lata fogalmánál ettől eltérő következtetésre jutottam, a fajtalanság már csak ezért sem tölti be megfelelően a nem-fogalom szerepét. Lásd I.2.1.2.).

Erre tekintettel a testi érintésre vonatkozó követelményt úgy tudjuk meghatározni, hogy ahhoz *bármely két személy közötti érintkezés esetén legalább egyikük specifikus testrészének az érintése szükséges, két személy közti érintkezés hiányában pedig egy adott személy specifikus testrészének a saját maga általi megérintése (manipulálása) szükséges.*

3.2.2. Testi érintés hiányában *nem minősül nemi cselekménynek* a pusztán verbális, illetve vizuális szexualitás. Ha pl. a passzív alanyt arra kényszerítik, hogy egy harmadik személynek a telefonban izgató szexuális jellegű mondatokat mondjon és hanghatásokat adjon ki, akkor ezzel nemi cselekmény hiányában nemi bűncselekmény nem, hanem kényszerítés valósul meg. Úgyszintén nem minősül nemi cselekménynek a nemi szervek testi manipuláció nélküli mutogatása, így pl. a sztriptíz. Ha a passzív alanyt erre kényszerítik és pl. közben lefotózzák, szintén kényszerítés valósul meg, 18 év alatti passzív alany esetén pedig tiltott pornográf felvétellel visszaélés. A pornográfiában való részvételre kényszerítés akkor valósít meg nemi cselekményt és ezzel nemi bűncselekményt, ha a felvételek során a megfelelő testi érintésre sor kerül. Nem nemi cselekmény továbbá a pornográf képek másoknak történő mutogatása, még akkor sem, ha azt az elkövető a saját vagy a passzív alany nemi vágyának felkeltése érdekében teszi.<sup>147</sup>

E cselekmények kizárása ugyanakkor abból a szempontból lehet kérdéses, hogy *objektív szexuális vonatkozásuk egyébként nyilvánvaló*. Elfogadhatónak tűnik az az értelmezés, amely jogtárgyharmonikus szempontokat vesz alapul. Eszerint a szexuális önrendelkezést védő tényállások a kényszerítés speciális tényállásai, és az általános cselekvési szabadságon belül a szexuális önrendelkezés kiemelt – és súlyos büntetési tételekkel támogatott – védelme akkor indokolt, ha annak komolyabb sérelméről van szó. A testi érintéssel járó szexuális cselekmények a passzív alany intimsférájába általában durvább behatást jelentenek, mint az ezzel nem járó cselekmények, és ezek már indokoltta tehetik a kényszerítés tényállásában megtestesülő általános védelem speciális védelemmé fokozását.<sup>148</sup> Ezt hasonló érveléssel lehet kiegészíteni az ifjúságvédelmi tényállások kapcsán is. Ha a törvény szövege nem utalna konkrétan két az elkövető és a passzív alany közötti érintkezésre, akkor is el lehetne mondani, hogy a konszenzuális magatartások a jogi tárgy veszélyeztetésének a büntetőjogi fellépéséhez szükséges fokát általában csak szexuális jellegű testi érintés, érintkezés esetén érik el. A vérfertőzésről eddig még nem esett szó, de az már itt most röviden leszögezhető, hogy e bűncselekmény bármely egyáltalán szóba jöhető jogi tárgyának védelme sem követeli meg, hogy a bűncselekmény vérrokonok testi kontaktusának hiányában is megvalósulhasson.

<sup>147</sup> Vö. SCHICK-WK 36. p. és KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 120–121. p.

<sup>148</sup> FEGERL 1985, 164. p.

Így a *nemi cselekménnyel megvalósuló nemi bűncselekmények jogi tárgyaira figyelemmel* vontam le azt a következtetést, hogy a nemi cselekmény mint nem-fogalom a specifikus testrészek érintését feltételezi. Igaz ugyanakkor, hogy kivételes esetekben akár az is előfordulhat, hogy a testi érintés nélküli cselekményt a passzív alany az intim szférájába való súlyosabb beavatkozásként éli meg, ezért is használtam az előző bekezdésben az „általában” szót. A testi érintés megkövetelése tehát egyfajta kényszerű kompromisszum eredménye. Az egyik oldalon bizonyos szélső és ritka eseteknek lemondunk ugyan a nemi cselekmény (és így a nemi bűncselekmények) körébe vonásáról, a másik oldalon ugyanakkor így biztosítható, hogy a nemi cselekmény fogalmának határai ne mosódjanak el.

### 3.3. Az érintés intenzitása és jellege

3.3.1. Az osztrák jogalkotó által javasolt (és törvénybe nem foglalt) definícióból az érintés jellegére a nem futó, nem felületes (nicht bloß flüchtig) jelzők utalnak. Ezt intenzív, jelentős megérintésként kell értelmezni. A szexuális vonatkozás így lehet egyértelmű, a szexuális önrendelkezés sérelmét a masszívabb testi érintés idézheti elő.<sup>149</sup> Itt megint elmondható, hogy az emberi becsület és méltóság, valamint az általános cselekvési szabadság védelmének köréből a szexuális önrendelkezés speciális kiemelése annak egyértelmű és jelentősebb sérelme esetén indokolt. A specifikus testrészek egy pár pillanatig tartó, futó megérintése, felületes megsimítása ezt a követelményt nem elégíti ki. Ilyen esetekben tipikusan a becsületsértés, illetve a körülményektől függően a kényszerítés bűncselekményei adekvát és arányos védelmet biztosíthatnak.

Korábban már utaltam arra, hogy amennyiben az érintkezés *ruhán keresztül* történik, akkor annak intenzívebbnek, kifejezetten erősnek kell lennie. Amennyiben pedig a *passzív alany érinti a specifikus testrészeit*, akkor pedig kifejezetten szexuális jellegű, intenzív manipuláció szükséges a nemi cselekmény megállapíthatóságához. Így pl. a ha sértettet önkielégítésre kényszerítik vagy pl. arra, hogy a hüvelyébe, végbelébe tárgyat helyezzen. Ha a sértett pusztán megfogja a nemi a szervét, ezzel nemi cselekmény még nem jön létre (vö. 3.2.1.). A fokozottabb intenzitás követelménye ezekben az esetekben is a teleologikus értelmezésből vezethető le.

A gyakorlati esetekre a specifikus testrészek, elsősorban a nemi szervek intenzív stimulálása jellemző. Így a hosszas simogatás, az orális közösülés, vaginális, anális közösülés, a hüvelybe, végbélbe tárggyal történő behatolás, vagy a nemi szervek összedörzsölése.

3.3.2. Az érint(kez)és intenzitása kapcsán szót kell ejteni annak egy szélsőséges esetéről, nevezetesen a *nemi szervekre irányzott ütésekről, rúgásokról*. A kérdés azért merül fel, mert önmagában az elkövető testi sértési szándéka nem

<sup>149</sup> SCHICK-WK 36. p.

zárja ki a cselekmény objektíve szexuális jellegét. Ha nemi cselekményhez nem követeljük meg a nemi vágy általi motiváltságot, akkor ez által létrejön ez a kivételes probléma.

Némileg leegyszerűsítőnek tűnik az az értelmezés, amely szerint ha az ütések (kézzel vagy tárggyal) vagy rúgások célzottan a meztelen specifikus testrészekre irányulnak, akkor létrejön a nemi cselekmény, míg ha mindez ruhával fedett testrészek ellen irányul, akkor a testi épség elleni támadás kerül előtérbe, és nemi cselekmény nem valósul meg.<sup>150</sup>

Ettől árnyaltabb az az érvelés, amely ilyen esetben kiemeli, hogy a testi sértési cselekmény nem akármilyen, hanem olyan testrészek ellen irányul, amelyek sértésével egyúttal a passzív alany szexuális sférája is súlyosan sérül. Az eddig felállított követelmények alapján az objektíve szexuális vonatkozás aligha kérdőjelezhető meg. *Az ilyen cselekmények tehát nemi cselekmények.* Ugyanakkor nem biztos, hogy az elkövető ezzel nemi bűncselekményért is felelősséggel fog tartozni, mert bár tényállásszerűen létrejön a nemi cselekmény, de ilyenkor fokozott körültekintéssel kell vizsgálni az arra kiterjedő szándékosságot<sup>151</sup> (erre kerül sor a következő pontban).

Továbbá előfordulhat, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények egyéb tényállási elemei nem valósulnak meg, így egy meglepetésszerű támadás esetén valószínűleg nincs kényszerítési elem, ezért az erőszakos nemi bűncselekmény ezen okból nem lesz tényállásszerű. Egy védekezésre képtelen passzív alany esetében már más a helyzet, ott az erőszakos nemi bűncselekmény elvileg tényállásszerű lehet, a felelősség kérdésben a szándékosság vizsgálata fog dönteni.

Ha korábban az jelentette a kiindulási pontot, hogy jogtárgyvédelmi okokból a nemi vágy általi motiváltságnak semmilyen szerepe sincs, akkor ezt következetesen fenntartva kell az ilyen cselekményeket is, az objektív megítélés alapján nemi cselekménynek tekintenünk. Ha a szadista elkövető semleges testrészek ellen irányuló, bár nemi kielégülést célzó cselekményeit a nem felismerhető szexuális vonatkozás miatt nem tekintettük nemi cselekményeknek, akkor e felfogás a másik oldalon ezt a döntést teszi szükségessé. A szadista elkövető kielégülést célzó cselekménye sem ettől, hanem attól lesz nemi cselekmény, ha specifikus testrészt elleni irányul. Ha tehát a szexuális motívumot nem vesszük figyelembe, akkor nem juthatunk más következtetésre egy nemileg nem motivált ilyen cselekmény esetén sem.

E kérdésnek konkrét joggyakorlati relevanciái is voltak. Az OGH például nemi cselekménynek minősítette egy esetben a herék erős megrúgását. A BGH-nak pedig abban a különös esetben kellett döntenie, amikor is a tettes kerékpárral vagy gyalog közelített a sértett nők felé, majd váratlanul az öklével vagy valamilyen hegyes tárggyal erősen megütötte az altestüket és/vagy a mellüket.<sup>152</sup> A nemi cselekmény fogalmi elemei vizsgálatának lezárásával a BGH-jogeset is közvetlenül

<sup>150</sup> Így KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 120. p.

<sup>151</sup> FEGERL 1995, 168. p. A német irodalomból hasonló álláspontot foglal el pl. BECK 1988, 42–43. p. és SICK 1993, 262. p.

<sup>152</sup> Ismerteti FEGERL uo., BECK és SICK uo.

átvezet a nemi cselekményhez kapcsolódó elkövetői tudattartalom rövid vizsgálatához.

#### 4. A nemi cselekményhez kapcsolódó elkövetői tudattartalom

A nemi cselekmény fogalmában – a fajtalansággal ellentétben – szubjektív elem nem kap helyet. Ezzel a nemi cselekmény kategóriája következetesen *objektív tényállási elemmé válik*, és a hozzá kapcsolódó szándékosság kérdése semmiben sem különbözik a bármely más tényállási elemhez kapcsolódó szándékosság vizsgálatától.<sup>153</sup>

Az elkövető tudatának azt kell átfognia, hogy a cselekmény objektíve, kívülről felismerhetően szexuális vonatkozású.<sup>154</sup> Konkrétan ez azt jelenti, hogy a nemi cselekmény fogalmi elemeinek megfelelő életbeli tényekkel kell tisztában lennie; azaz hogy cselekménye specifikus testrész intenzív érintésével jár. E tények tudatához az egyenes szándék és az eshetőleges szándék egyaránt kapcsolódhat.

Ha a cselekményt nemi vágy motiválja, akkor az egyenes szándékú elkövetés a tipikus. Ugyanakkor *az eshetőleges szándéknak is jelentősége lehet*, különösen az imént említett testi sértési jellegű cselekményeknél. A meglepetésszerű, vaktában történő ütések, rúgások esetén a nemi cselekmény megvalósul, de ilyenkor a hozzá kapcsolódó szándékosság tipikusan kizárható (és hiányozhat még a nemi bűncselekményhez szükséges kényszerítési elem is). Ennek megítélése azonban nem lehet mechanikus, s ezt jól mutatja az előbb említett BGH-s jogeset. Ott ugyanis meglepetésszerű támadás érte a sértett nőt, de az elkövető sorozatjellegű tevékenységéről volt szó, az ütések mindig a nők szeméremdombját és/vagy mellét érintették. Ha ebből a nemi vágy általi motiváltságra (ami automatikusan megalapozná a szándékosságot) még nem is lehet következtetni, az azonban bizonyossággal kijelenthető, hogy az elkövető célja a testi fájdalom, sérülés okozásán túl a nők szexuális szférájának a kifejezett megsértésére irányult. A nemi cselekményt akár az egyenes szándéka is átfoghatta.

Ha a támadás nem meglepetésszerű, hanem a sértettet pl. módszeresen a nemi szervénél kínozzák, akkor az elkövető eshetőleges szándékát nem lehet kizárni a nemi cselekménnyel kapcsolatban. Sőt ilyen esetben – pl. ha eközben lefogják vagy lekötözik a sértettet – az erőszakkal kényszerítési elem is megvalósulhat, így az erőszakos nemi bűncselekmény tényállásszerű lehet és valóságos halmazatba kerülhet a testi sértés bűncselekményével. Elsőre furcsának hathat ez a megállapí-

<sup>153</sup> A fajtalanság dogmatikailag már csak azért is problematikus, mert nem mondható róla egyértelműen, hogy objektív tényállási elem lenne, ha a jelenlegi értelmezés célzatos cselekményként fogja fel, és e célzat a fajtalanságnak mint elkövetési magatartásnak a fogalmi eleme. Nem ilyen nyilvánvaló, de hasonló a helyzet a közösülés büntetőjogi fogalmával is, hiszen az az élettani közösülés célzatának fennállása esetén valósul meg. A szubjektív elem hozzáértendő az elkövetési magatartáshoz, mert a törvényi tényállás célzatot nem tartalmaz. Büntetőjogunkban ilyen dogmatikailag hibrid konstrukció nem igen létezik másik (vö. NAGY – SZOMORA 2004, II. 17. p.; HOLLÁN 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat).

<sup>154</sup> Vö. HÖRNLE-MK 1397. p., GÖSSEL 2005, 17. p., TRÖNDLE – FISCHER 2006, 1196. p.



tás, de ha a fordított szituációt vizsgáljuk, akkor inkább következetesnek tűnik. A magyar büntetőjog ugyanis egységes abban a kérdésben, hogy az erőszakos nemi bűncselekménnyel halmazatban a súlyos testi sértést meg kell állapítani. Legyen szó akár az erőszak alkalmazása során okozott sérülésekről, akár védekezés nélkül átadott nemi betegségről.<sup>155</sup> Az elkövető célja itt sem a testi sértésre, hanem a nemi bűncselekmény elkövetésére irányul, de ha a sérülésre vagy a betegsége legalább az eshetőleges szándéka kiterjed, akkor a testi sértés bűncselekményét halmazatban megállapítjuk. Nem kellene ezt másképpen tenni a fordított elkövetési szituációban sem, ha a nemi cselekményt legalább az eshetőleges szándék átfogja. Hangsúlyozandó ugyanakkor, hogy ez az értelmezés csak a nemi cselekmény kategóriájának elfogadása esetén lehet irányadó, de lege lata a fajtalanság nemi kielégülést célzó mivolta miatt nem foghat helyt.

### 5. A tényállásszerű, de nem jogellenes nemi cselekmény

5.1. A német jogirodalmi álláspontok ismertetésénél esett szó az ún. ambivalensnek tekinthető cselekményekről, amelyre tipikus példa az orvosi vizsgálat, illetve a másik ember mosdatása (lásd 2.2.2.). E cselekmények a nemi cselekmény hatókörébe kerülhetnek, mert annak nem fogalmi eleme a nemi vágy általi motiváltság. A fajtalanság fogalmának ez az eleme zárta ki ugyanis, hogy pl. a nőgyógyászati vagy ürológiai vizsgálatot fajtalanságnak tekintsük. E változással azonban valamilyen más megoldást kell találni ezekre az esetekre.

Mint láttuk, a *német irodalom* e cselekmények megítélésére nem tud megnyugtató választ adni. A leginkább meggyőzőnek a négy szóba jöhető álláspont közül az tűnik, amely szerint ha az orvos *nem lege artis* végzi a cselekményét, akkor annak objektív szexuális vonatkozása előtérbe kerül és kívülről felismerhetővé válik, s ilyenkor már nemi cselekményről beszélhetünk (pl. a nőgyógyász a vizsgálatot nem a rendelőben végzi; nem húz gumikesztyűt; indokolatlanul a szeméremtest és/vagy a csikló masszírozásába kezd). Ugyanez mondható el a mosdatásról, öltöztetésről is; az ilyen cselekmények indokolt és szakszerű kereteinek a túllépésével nemi cselekmény jön létre.<sup>156</sup> E példák kiegészíthetők még pl. a motozással, illetve ezzel szoros összefüggésben a testüreg esetleges átvizsgálásával (itt nem orvosi célról van szó).

Az *osztrák irodalom* is ugyanezt az álláspontot fogadja el: ha a higiéniai vagy orvosi okokból indokolt a specifikus testrészek megérintése, akkor hiányzik az objektív szexuális vonatkozás, és nem jön létre nemi cselekmény. Még akkor sem, ha egyébként az orvos vagy az ápoló szexuális motivációból is végzi e cselekményeket, de ha ez kifelé nem ismerhető fel, akkor a jogi tárgy sérelméről nem lehet szó.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Lásd NAGY 2005, 293. p.; SINKU 2005, 233. p.

<sup>156</sup> HORN – WOLTERS-SK § 184f, 3. p.; LAUBENTHAL 2000, 21–22. p.

<sup>157</sup> KIENAPPEL – SCHMOLLER 2005, 118. p. Csak kivételesen említem, hogy ugyanez az álláspontja a svájci irodalomnak is (lásd HANGARTNER 1998, 54. p.).

5.2. Az osztrák értelmezés szerint is, tehát az ilyen esetekben a cselekmény objektíve szexuális jellege hiányozna. Nézetem szerint ez a felfogás nincsen összhangban a nemi cselekmény lefektetett ismérveivel, ugyanis azok közül valamennyi megvalósul, és ezen elemek funkciója éppen az volna, hogy teleologikus szempontból a cselekmény objektíve szexuális jellegét konkretizálják. Ehhez képest itt ellentmondásnak tűnik e jelleg elvitatása, ha az elemek egyébként fennállnak (nemi szervek intenzív érintése). Ha a nem akarjuk „kikezdeni” a nemi cselekmény kategóriáját, akkor ki kell mondanunk, hogy az orvosi, valamint a mosdatással, öltöztetéssel szükségszerűen együtt járó cselekmények is *tényállásszerű nemi cselekmények lehetnek*.

A büntetőjogi felelősség kizárására kézenfekvő a büntetőjog-ellenesség síkját igénybe venni. *Ha az orvosi vizsgálat lege artis történik, akkor az ugyan nemi cselekményt valósíthat meg, de nem jogellenes*, a szakmai szabályok megszegése esetén viszont jogellenessé válik. Ugyanez mondható el arról, ha valaki *hivatásbeli kötelességét teljesítve* végzi a másik személy mosdatását, öltöztetését vagy motozását; illetve a szülő a gyermekének vagy más családtagjának esetében teszi ugyanezt a *szülői vagy családi köteléken alapuló gondoskodási kötelességének teljesítése körében*.

Ennek elfogadásával nem a nemi cselekmény nehezen felépített kategóriája alól kellene kivételeket képezni, hanem a büntetőjogban általánosan ismert és elfogadott *törvény feletti jogellenességet kizáró okokat* lehetne segítségül hívni.<sup>158</sup> Ha az érintett személy a hivatásbeli, illetve a gondozási kötelezettségének objektív kereteit túllépi, akkor a nemi cselekmény büntetőjog-ellenessé válik.<sup>159</sup>

Ezzel a megoldással kapcsolatban nem nagyon érthetők Beck aggályai, aki a tényállásszerű nemi cselekmény elismerésében a szexuális bűnelkövetők és az orvosok egy tekintet alá vételét, egy szinten kezelését látja.<sup>160</sup> Ezek az aggályok akkor minden további nélkül fel kellene, hogy merüljenek pl. a testi sértéssel kapcsolatban, ahol általánosan elismert a sértett beleegyezése és/vagy a lege artis végzett beavatkozás jogellenességet kizáró hatása. Ilyenkor sem próbálkozunk tehát az orvos cselekményéhez tényállásszerűséget kizáró okot konstruálni, ami szinte lehetetlen lenne. De az újságírókat sem tekintjük rágalmazónak akkor, amikor a szakma szabályainak megfelelően tényszerűen tájékoztat valós, ám a becsület csorbitására minden további nélkül alkalmas tényekről. A cselekménye a rágalmazás tényállásába illik, de nem büntetőjog-ellenes.

Összességében úgy gondolom, hogy a kivételek kreálása helyett megnyugtatóbb eredményre vezet, ha ilyen esetben a büntetőjogban már több hasonló esetben

<sup>158</sup> Ezen okokhoz lásd NAGY 2004, 220–227. p.

<sup>159</sup> A német irodalomban közvetlenül a nemi cselekményre áttérést jelentő törvényi változások időszakában írta SCHROEDER, hogy ilyen esetben a felelősséget nem a tényállásszerűség, hanem a jogellenesség síkján kellene kizárni (1975, 21. p.). Álláspontjára még csak nem is nagyon reflektáltak a későbbi német munkákban.

<sup>160</sup> 1988, 30. p.

bevált, elismert megoldást választjuk, ezzel is erősítve egy adott szempontból hasonló jellegű cselekmények következetes és nem kazuisztikus megítéléséhez igénybe vehető dogmatikai rendszerünk összetartó funkcióját.

## 6. Összegzés

6.1. A fajtalanság kategóriájáról sikerült kimutatni, hogy a számos okból nem alkalmas az ember szexuális magatartásának büntetőjogi megjelenítésére. Ha nem kezeljük genus proximumként, akkor is tartalmaz már önmagában több olyan dogmatikai ellentmondást, amelyek miatt nem fogadható el a jövőbeni fenntartása.

A fajtalanság helyett a nemi cselekmény kategóriája töltheti be azt a szerepet, hogy a büntetőjog számára körülírja az ember szexuális magatartását, lefektetve annak közös jellemzőit. A nemi cselekmény objektív megközelítése indokolt, ehhez azonban nem látszik elegendőnek a német irodalomban hangsúlyozott „külső szemlélő által felismerhető szexuális jelleg” kategóriája. A német büntetőjogban e kategóriával kapcsolatban kialakult ellentmondások, a fogalom (továbbra is fennálló) parttalansága rámutatnak arra, hogy az objektíve szexuális jelleget ettől konkrétabb elemekkel kell körülírni. Ehhez az osztrák büntetőjog nyújt kiindulási alapot.

6.2. Ennek alapján *a nemi cselekmény az ember szexuális szempontból releváns testrészeinek intenzív jellegű érintéseként, manipulálásaként írható körül*. A fogalom kereteit jogtárgyharmonikus értelmezéssel szoríthatjuk az elfogadható és indokolt körre. Így:

1. Szexuális szempontból releváns testrészek: a nemi szervek, a női mell és a végbél. Az egyéb erogén zónákat a jogi tárgy elenyésző sérelme, vagy sérelmének hiánya miatt zárandók ki.
2. Szintén a teleologikus értelmezés, valamint a fogalom parttalanná válásának megakadályozása indokolja e specifikus testrészek megérintésének követelményét, történjen az két személy közötti érintkezés, vagy egy személy saját testrészének manipulálása, stimulálása formájában.
3. A jogtárgysérelem már figyelembe vehető szintje indokolja, hogy a specifikus testrészek érintésének intenzív testi cselekvésként kell történniük.

*Amennyiben az említett mindhárom ismérvenk eleget tesz*, akkor a nemi cselekmény megvalósulhat tárggyal vagy ruhán keresztüli érintéssel is, illetve közvetítheti kiválasztási termék (pl. vizelet) vagy más testnedv (tipikusan sperma).

A nemi cselekmény fogalmának nincsen szubjektív eleme (különösen nem a nemi vágy kielégítésének célja), az elkövetői tudattartalom szempontjából ugyanúgy viselkedik, mint bármely más objektív tényállási elem.

6.3. A nemi cselekmény így megalkotott fogalma természetesen nem mentes és nem is lehet mentes az értékeléstől. *Ezt az értékelést azonban el kell végezni, és nem lehet ehelyett általában a társadalom szexuális szokásaira, illetve a szexuali-*

tással kapcsolatos közfelfogásra hivatkozni. A jogtárgyharmonikus értelmezéssel is ez az értékelés történik meg. Ennek egyik legfontosabb következménye, hogy a biológiai női/férfi jegyek és a szexualitás közé nem tehetünk egyenlőségjelet, kapcsolatuk inkább „bogár-rovar relációban” írható le. Erre tekintettel szükséges például, hogy a végbélt szexuálspecifikus testrészként vegyük figyelembe. Ilyen értékelésen alapult a testi kontaktus és az intenzív behatás megkövetelése is.

A dStGB-ben *expressis verbis* megtestesülő felfogással szemben nem tartom kivitelezhetőnek a nemi cselekmény tényállásspecifikus, azaz az egyes tényállások konkrét jogi tárgyaira tekintettel történő eltérő értelmezését. A német példák is jól mutatják, hogy ilyen esetben a nemi cselekmény valójában megszűnik genus proximumként viselkedni és olyan szabad értékelési terület marad nyitva, amelyet a bírói gyakorlat nem képes egységes értelmezéssel betölteni. *A teleologikus értelmezéssel nem a tényállások különbségeit kell hangsúlyozni, hanem éppen ellenkezőleg, megkeresni a jogi tárgyak (a szexuális önrendelkezés és az ifjúságvédelem) azon közös pontjait, védelmi igényeit, amely mentén egy egységes nemi cselekmény kategória kialakítható.* Ily módon a nemi cselekmény válik e bűncselekményi tényállások közös vonatkoztatási pontjává.<sup>161</sup>

A nemi cselekmény ilyen kategorikus és konkrét megközelítése idegen a magyar büntetőjogtól, de véleményem szerint a jövőben kívánatos lenne egy ilyen felfogás követése. Bár *Schroeder* némi éllel jegyzi meg, hogy ez a korábbiakhoz képest a nemi bűncselekmények „külsődleges-fiziológiai” megközelítését eredményezi,<sup>162</sup> úgy gondolom, hogy ez mind a törvényi határozottság, mind – e bűncselekmények magas büntetési tételeire tekintettel – az arányosság, mind pedig a büntetőjog ultima ratio jellegének követelménye szükségessé teszi.

A magyar büntetőjog számára még kérdés, hogy a terminológia törvényi megváltoztatásán túl kell-e legáldefiníciót alkotni a nemi cselekményhez. Az osztrák példa mutatja, hogy erre nincs feltétlenül szükség, a fogalom és némi magyarázat törvényi indokolásban történő elhelyezése elegendő kiindulópont lehet a jogértelmezés és a jogalkalmazás számára. De törvényi fogalom-meghatározásként akár itt az összegzés során írt fogalmat is elképzelhetőnek tartom (lásd 6.2.). Az azonban bizonyos, hogy egy évszázados kategória lecserélése esetén legalábbis az érdemi és tartalmi miniszteri indokolás elengedhetetlen, akár legáldefinícióval, akár anélkül.

### Rövidítések jegyzéke

BGH	a német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen.</i> Carl Heymanns Verlag – a német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság hatá-

<sup>161</sup> Vö. KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 116–117. p.

<sup>162</sup> 1975, 16. p.

	rozatainak hivatalos gyűjteménye [hivatkozás: BGHSt, kötetszám, esetszám, oldalszám]
dStGB	a német Büntető Törvénykönyv (a nemi bűncselekmény tényállásaihoz lásd GÖSSEL 2005)
OGH	az osztrák Legfelsőbb Bíróság
öStGB	az osztrák Büntető Törvénykönyv (a nemi bűncselekmények tényállásaihoz lásd SCHICK-WK)
RG	a Német Birodalmi Legfelsőbb Bíróság

### Felhasznált irodalom

- ANGYAL 1937 = ANGYAL PÁL: A szemérem elleni büntettek és vétségek. A magyar büntetőjog kézikönyve 14. kötet. Attila-Nyomda. Budapest, 1937.
- BECK 1988 = BECK, KARL: Die sexuelle Handlung. Tübingen, 1988.
- BERKES 2006 = BERKES GYÖRGY (szerk. és társszerző): A magyar büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára. 2. kiadás. Hvgorac. Budapest, 2006.
- BERTEL – SCHWAIGHOFER 2005 = BERTEL, CHRISTIAN – SCHWAIGHOFER, KLAUS: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II. 6. Aufl. Springer. 2005.
- BGHSt = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*. Carl Heymanns Verlag – a német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság határozatainak hivatalos gyűjteménye [hivatkozás: BGHSt, kötetszám, esetszám, oldalszám]
- BOCKELMANN 1972 = BOCKELMANN, PAUL: Zur Reform des Sexualstrafrechts. In: Festschrift für Reinhart Maurach (Hrsg.: Schroeder et al.). C.F.Müller. Karlsruhe, 1972, 391-414. p.
- FEGERL 1995 = FEGERL, GERALD: Das neue Sexualstrafrecht. Vergewaltigung und geschlechtliche Nötigung. Orac. Wien, 1995.
- FEHÉR 2005 = FEHÉR LENKE: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In Fehér – Horváth – Lévai: Magyar büntetőjog. Különös rész. I. kötet. KJK. Budapest, 2005, 211-271. p.
- FEHÉR – VIRÁG 2006 = FEHÉR LENKE – VIRÁG GYÖRGY: A nemi erőszak büntetőjogi szabályozása. Állam- és Jogtudomány (XLVII. évfolyam), 2006, 31-51. p.
- FÖLDVÁRI 2005 = FÖLDVÁRI JÓZSEF: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In Magyar büntetőjog. Különös rész (szerk.: Tóth Mihály). Osiris. Budapest, 2005, 185-223. p.
- GÖPPINGER – BOCK – BÖHM 1997 = GÖPPINGER, HANS – BOCK, MICHAEL – BÖHM, ALEXANDER: Kriminologie. 5. Aufl. C.H.Beck. München, 1997.
- GÖSSEL 2005 = GÖSSEL, KARL HEINZ: Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis. Walter de Gruyter. Berlin, 2005.
- HANGARTNER 1998 = HANGARTNER, PETER: Selbstbestimmung im Sexualbereich – Art. 188 bis 193 StGB. St. Gallen, 1998.

- HOLLÁN – KIS 2005 = HOLLÁN MIKLÓS – KIS NORBERT: A Büntető Törvénykönyv Kommentárja. Hivatalos Közlönykiadó. 2005/11. CD-formátum.
- HOLZLEITHNER 2003 = HOLZLEITHNER, ELISABETH: Von der Notzucht zur Vergewaltigung. Paradigmenwechsel im österreichischen Strafrechtsdiskurs. In: Unzucht – Notzucht – Vergewaltigung. Definitionen und Deutungen sexueller Gewalt von der Aufklärung bis heute (Hrsg.: Künzel, Christiane). Campus Verlag. Frankfurt/New York, 2003, 243–260. p.
- HORN – WOLTERS-SK: HORN, ECKHARD – WOLTERS, GEREON: §§ 173–184f. In Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Rudolphi et al.). Band II. Besonderer Teil (§§ 80–358). Luchterhand. 2004. [hivatkozás § és oldalszám szerint]
- HÖRNLE-MK = TATJANA HÖRNLE: §§ 174–184f. In: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2/2 (§§ 80–184 StGB) (Hrsg.: Joecks et al.). C.H.Beck. München, 2005.
- Indokolás 1961 = A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve. KJK. Budapest, 1962.
- KIENAPFEL – SCHMOLLER 1999/2005 = KIENAPFEL, DIETHELM – SCHMOLLER, KURT: Grundriß des österreichischen Strafrecht. Besonderer Teil Band III. Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte. Manz. Wien, 1999 és újabb kiadás 2005.
- KOVÁCS 2003 = KOVÁCS VIRÁG: A szexuális szabadság jogi megközelítésének problémái. Jogtudományi Közlöny. 2003/7–8. 322–330. p.
- KUMMER 2002 = KUMMER, KATHRIN: Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht. Verlag Paul Haupt. Bern, 2002.
- LACKNER – KÜHL 2004 = LACKNER, KARL – KÜHL, KRISTIAN: Strafgesetzbuch Kommentar. 25. Aufl. C.H.Beck. München, 2004.
- LÁSZLÓ JENŐ (SZERK.): Az 1978. évi IV. törvény (Btk.) előkészítése. VIII. kötet. IM. Budapest, 1989.
- LAUBENTHAL 2000 = LAUBENTHAL, KLAUS: Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Springer. 2000.
- LUKÁCS – TRAYTLER 1963 = LUKÁCS TIBOR – TRAYTLER ENDRE: A nemi erkölcs elleni büntettek. KJK. Budapest, 1963.
- NAGY 2004 = NAGY FERENC: A magyar büntetőjog általános része. Korona Kiadó. Budapest, 2004.
- NAGY 2005 = NAGY FERENC: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In A magyar büntetőjog különös része (szerk.: Nagy Ferenc). Korona Kiadó. Budapest, 2005, 261–318. p.
- NAGY – SZOMORA 2004 = NAGY FERENC – SZOMORA ZSOLT: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények (Btk. XIV. Fejezet) de lege ferenda I-II. rész. Büntetőjogi Kodifikáció. 2004. évi 1. és 2. szám. [hivatkozás I. vagy II. és oldalszám]

- NEMÉNYI 1968 = HALÁSZ SÁNDOR (szerk.): A büntető törvénykönyv kommentárja. II. kötet. KJK. Budapest, 1968. A vonatkozó XV. Fejezet II. Címe idézett részeinek szerzője Neményi Béla. 1337–1436. p.
- REHBERG – SCHMID – DONATSCH 2003 = REHBERG, JÖRG – SCHMID, NIKLAUS – DONATSCH, ANDREAS: Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen. 8. Aufl. Schultess. Zürich,... 2003
- S/S-szerző(k) = SCHÖNKE, ADOLF – SCHRÖDER, HORST: Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Aufl. C.H.Beck. München, 2006. [szerzők: § 173 – Lenckner; § 174–184f – Lenckner/Perron/Eisele]
- SCHICK–WK 2001/2006 = SCHICK, PETER J.: §§ 201–212. In: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Höpfel et al.). 2. Aufl. 31. Lieferung. Wien, 2001 és újabb kiadás 2006.
- SCHROEDER 1975 = SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: Das neue Sexualstrafrecht. Entstehung – Analyse – Kritik. C.F.Müller. Karlsruhe, 1975.
- SCHULTHEISZ 1966 = SCHULTHEISZ EMIL: A nemi erkölcs elleni büntettek de lege lata. KJK. Budapest, 1966.
- SICK 1993 = Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Duncker & Humblodt. Berlin, 1993.
- SINKU 2005 = SINKU PÁL: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In Belovics – Molnár – Sinku: Büntetőjog. Különös Rész. 5. kiadás. Hvgorac. Budapest, 2005, 209–247. p.
- STRATENWERTH – JENNY 2003 = STRATENWERTH, GÜNTER – JENNY, GUIDO: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen. 6. Auflage. Stämpfli. Bern, 2003.
- SZAJBÉLY 2004 = SZAJBÉLY KATALIN: Közvetlen és közvetett diszkrimináció a nemi erkölcs elleni bűncselekmények szabályozásában. Magyar Jog. 2004/5. 283–291. p.
- SZOMORA 2006 = SZOMORA ZSOLT: Nemi erkölcs mint jogi tárgy? Történeti aspektusok a magyar, a német és az osztrák büntetőjogban. Acta Jur. et Pol. Tom. LXVIII. Fasc. 23. Szeged, 2006.
- TEUFERT, EVELINE: Notzucht und sexuelle Nötigung. Kriminalwissenschaftliche Abhandlungen (Hrsg.: Geerds, Friedrich). Band 14. Lübeck, 1980.
- TRECHSEL 1997 = TRECHSEL, STEFAN: Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar. 2. Auflage. Schultess. Zürich, 1997.
- TRÖNDLE – FISCHER 2006 = TRÖNDLE, HERBERT – FISCHER, THOMAS: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 53. Aufl. C.H.Beck. München 2006.
- VIZI 2006 = VIZI JÁNOS: A nemi deliktumokról de lege lata és néhány javaslat de lege ferenda. Rendészeti Szemle. 2006/11. 50–74. p.

ZSOLT SZOMORA

## DIE UNZUCHT UND DIE SEXUELLE HANDLUNG

(Rechtsvergleichende Analyse von strafrechtsdogmatischen  
Grundkategorien)

(Zusammenfassung)

Das ungarische Strafrecht verwendet immer noch die Kategorie der Unzucht als grundlegendes Tatbestandsmerkmal der Sexualdelikten. Der Verfasser untersucht in diesem Beitrag, ob die dogmatische Kategorie der Unzucht die Aufgabe erfüllen kann, das sexuelle Verhalten des Menschen für das Strafrecht einheitlich und neutral umzuschreiben. Die kritische Analyse erstreckt sich auf die Legaldefinition der Unzucht im ungStGB, die Standpunkten der Strafrechtsliteratur sowie auf die Gerichtspraxis. Der Verfasser zieht die Schlussfolgerung, dass die Kategorie der Unzucht ihre Funktion nicht verrichten kann und selbst ihr Begriff dogmatisch widersprüchlich ist.

Als mögliche Alternativen werden das deutsche und das österreichische Strafrecht vom Verfasser untersucht, deren Regelung seit einiger Zeit auf die Kategorie der sexuellen (geschlechtlichen) Handlung beruht. Anhand der rechtsvergleichende Analyse arbeitet der Autor die dogmatische Elemente der geschlechtlichen Handlung für das ungarische Strafrecht aus. Der Begriff der sexuellen Handlung wird vom Verfasser wie folgt angegeben: die intensive Berührung der sexuell relevanten Körperteilen des Menschen.